DIREITOS FUNDAMENTAIS & DEMOCRACIA

Novas Abordagens na Perspectiva Interamericana

Elena Cecilia Alvites
Ingo Wolfgang Sarlet
Paulo Ricardo Schier
Humberto Nogueira Alcalá
Orgs.

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VIII Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia, realizada no Centro Universitário Autônomo UniBrasil, através de modalidade remota, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latinoamericanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia e Peru. Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países. É preciso destacar a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Boas leituras!

Editora Fundação Fênix

ISBN: 978-65-81110-64-2

Direitos Fundamentais & Democracia:
novas abordagens na perspectiva interamericana

Série Direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS
Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB
Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP
Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ
Angélica Luciá Carlini – UNIP
Augusto Jaeger Júnior – UFRGS
Carlos Bolonha – UFRJ
Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru
Cláudia Lima Marques – UFRGS
Danielle Pamplona – PUCRS
Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ
Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR
Daniel Mitidiero - UFRGS
Denise Pires Fincato - PUCRS
Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS
Eugênio Facchini Neto - PUCRS
Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS
Fabiano Menke – UFRGS
Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP
Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS
Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER
Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB
Gisele Cittadino - PUC-Rio
Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR
Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP
Guilherme Camargo Massaú – UFPel
Gustavo Osna - PUCRS
Hermes Zaneti Jr
Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS
Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio
Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ
Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ
Laura Schertel Mendes
Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub
Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontificia Universidad Católica del Peru
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Elena Cecilia Alvites
Ingo Wolfgang Sarlet
Paulo Ricardo Schier
Humberto Nogueira Alcalá
(Organizadores)

Direitos Fundamentais & Democracia: novas abordagens na perspectiva interamericana

Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2022

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Série Direito – 43

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ALVITES, Elena; SARLET, Ingo W.; SCHIER, Paulo; ALCALÁ, Humberto Nogueira (Orgs).

ALVITES, Elena; SARLET, Ingo W.; SCHIER, Paulo; ALCALÁ, Humberto Nogueira.(Orgs). Direitos *Fundamentais & Democracia*: Novas Abordagens na Perspectiva Interamericana. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2022.

518p.
ISBN – 978-65-81110-64-2

https://doi.org/10.36592/9786581110642
Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br

CDD – 340

1. Constituição. 2. Direitos Fundamentais. 3. Democracia. 4. Perspectiva Interamericana.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Os Organizadores 13

1. CONSIDERACIONES SOBRE REFORMA A LA INTEGRACIÓN Y COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

Humberto Nogueira Alcalá 17

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO NO COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 – UMA ANÁLISE À LUZ DOS CONFLITOS FEDERATIVOS

Ingo Wolfgang Sarlet; Jeferson Ferreira Barbosa 31

3. A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA CORTE IDH ACERCA DO DIREITO DE IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO EM FACE DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE E SUA RELAÇÃO COM A NOÇÃO DE PRÉ E DE PÓS-COMPREENSÃO

Mônia Clarissa Hennig Leal 53

4. EMERGÊNCIA CLIMÁTICA: COP 26 E A URGÊNCIA DO PARADIGMA JURÍDICO ECOCÊNTRICO

Gina Vidal Marcilio Pompeu; Luciana Barreira de Vasconcelos 83

5. EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PARA ALÉM DA JUDICIALIZAÇÃO E DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: O FOMENTO À MORADIA

Paulo Ricardo Schier; Adriana da Costa Ricardo Schier 109

6. A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Roberto Ferreira Filho; Allana Campos Marques Schrappe 145

7. CENÁRIO PANDÊMICO: A PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL AOS GRUPOS VULNERÁVEIS NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOASSISTENCIAIS BRASILEIRAS

André Viana Custódio; Juliana Toralles dos Santos Braga 163

8. ESTADO, POLÍTICAS PÚBLICAS E CIDADE CAPITALISTA

César Albenes de Mendonça Cruz 185

9. A LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: UMA PROPOSTA NORMATIVA PARA ESTADOS E MUNICÍPIOS

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Diana Brandão Maia Mendes de Sousa; Horácio Augusto Mendes de Sousa 219

10. CASO LEGIÃO URBANA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DO ABUSO DO DIREITO MARCÁRIO

Martina Gaudie Ley Recena; Fábio Siebeneichler de Andrade..... 243

11. ANÁLISE ÉTICA E SOB ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS ACERCA DO EMPREGO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CENÁRIO DO DIAGNÓSTICO MÉDICO

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet; Rodrigo Mambrini Sandoval Barbosa 263

12. PROCESOS DEMOCRÁTICOS EN CHILE EN ÉPOCA DE PANDEMIA Y CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

Gonzalo Aguilar Cavallo 291

13. "PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO"? CANTANDO 'GO YANKEES' NO FENWAY PARK

Gustavo Osna..... 313

14. REFLEXÕES SOBRE A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CIVIL CONTEMPORÂNEA

Luis Alberto Reichelt..... 337

15. DISRUPÇÃO TECNOLÓGICA E PRIVACIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O AMANHÃ
Marco Antonio Lima Berberi 353

16. A PREVALÊNCIA DAS QUALIDADES URÂNICAS SOBRE AS TELÚRICAS. O TRADICIONALISMO NA REAÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO
Marcos Augusto Maliska..... 367

17. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS Y LA PRÁCTICA DEL ESTADO CHILENO: ANÁLISIS DESDE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS
María Ignacia Sandoval Gallardo..... 389

18. UNIFORMIDADE, SIMPLIFICAÇÃO E JUSTIÇA FISCAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Natercia Sampaio Siqueira; Marcelo Sampaio Siqueira..... 413

19. ENTRE O SERVIÇO DA DÍVIDA E A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONFLITO ORÇAMENTÁRIO REGULADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
Otávio Campos Fisher; Marina Michel de Macedo Martynychen 433

20. PERSPECTIVAS DA CONTRADEMOCRACIA EM FACE DO ESGOTAMENTO DA DEMOCRACIA PARLAMENTAR LIBERAL
Rogério Gesta Leal..... 455

21. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONOVARÍUS NAS RELAÇÕES LABORAIS
Suzéte da Silva Reis..... 475

22. PROCESSO CIVIL E TUTELA DE DIREITOS
William Soares Pugliese; Viviane Lemes da Rosa 489

APRESENTAÇÃO

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VIII Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia, realizada no Centro Universitário Autônomo UniBrasil, através de modalidade remota, em Outubro de 2021, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latinoamericanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia, Peru e Paraguai. Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países.

Apenas para demonstrar o acima exposto, vale lembrar que a primeira Jornada ocorreu no Brasil em 2014, mediante um circuito de eventos realizados em três universidades brasileiras – UNIBRASIL (Curitiba, Paraná), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Rio Grande do Sul) e UNOESC (Chapecó, Santa Catarina). A segunda Jornada teve lugar, em 2015, na cidade de Lima, Peru, promovida e organizada pela Pontifícia Universidade Católica do Peru. Já o terceiro evento ocorreu em São Paulo, Brasil, em 2016, organizado pelas Universidades 9 de Junho, UNINOVE, da Mackenzie e UNIFIEO, no período de 26 a 28 outubro de 2016. O quarto encontro foi novamente realizado em Lima (PUCP), de 10 a 12 de outubro de 2017, ao passo que o quinto se deu no Chile, Santiago, de 16 a 18 de outubro de 2018, capitaneado pela Universidade de TALCA. Em 2019 e 2020 ocorreram a VI e VII Jornadas da REDIDD, ambas realizadas pela UNIFOR, sendo a primeira na modalidade presencial e a segunda na modalidade remota.

As contribuições que integram a presente obra correspondem aos trabalhos submetidos aos pares e apresentados por professores que participam da Red-IDD, todos vinculados a programas de Pós-Graduação *stricto senso* em seus países e

instituições de pesquisa. Todos os trabalhos, ademais, giram em torno dos eixos temáticos da Rede – decorrentes do núcleo central que se vincula às articulações entre direitos fundamentais, direitos humanos e democracia.

O rigor científico, próprio das atividades da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – REDIDD, resta evidenciado não apenas pela qualidade e prestígio dos seus integrantes (instituições e pesquisadores), mas também pela atualidade e relevância dos temas abordados e sua aderência aos grupos de pesquisas, linhas de pesquisa e áreas de concentração dos Programas de Mestrado e Doutorado de cada uma das instituições que a compõe.

A VIII Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia, organizada pela UNIBRASIL, foi a segunda a ocorrer na modalidade exclusivamente remota tendo em vista o quadro de pandemia de COVID-19. Registre-se que, mesmo com todas as dificuldades, houve ampla participação docente e discente, que seguindo o modelo consolidado propiciou a publicação dos trabalhos discutidos e aprovados tanto por docentes como discentes.

É preciso destacar a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Para ilustrar a transversalidade, atualidade e relevância dos temas que constituem o objeto das pesquisas e da produção científica da Rede, que, por sua vez, são discutidos nas sessões plenárias (conferências) e grupos de trabalho (comunicações científicas de discentes e docentes), segue a relação dos eixos temáticos da VIII Jornada: 1) direitos fundamentais e proteção de grupos vulneráveis; 2) direitos políticos fundamentais e os desafios da democracia; 3) direitos fundamentais e novas tecnologias; 4) direitos fundamentais sociais, desenvolvimento e sustentabilidade; 5) direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e de convencionalidade; 6) liberdades fundamentais e direitos de personalidade; 7) direitos fundamentais dos migrantes; 8) direitos fundamentais, empresas, tributação e orçamento; 9) direitos fundamentais, garantias judiciais, tutela jurisdicional e devido processo; 10) direito penal e processo penal na

perspectiva da democracia e 11) direitos fundamentais e emergência sanitária decorrente da pandemia da COVID-19. À vista do exposto, é possível verificar que ao longo dos ainda poucos anos de sua existência, o percurso da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia é, a despeito de sua juventude, já significativo do ponto de vista quantitativo e qualitativo, demonstrando sua capacidade de contribuir de modo efetivo para a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente, do ponto de vista teórico-científico, bem como na formação de quadros humanos críticos e proativos, disposta a e capaz de enfrentar os inúmeros desafios atinentes à efetividade dos direitos fundamentais e do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Profa. Dra. Elena Cecilia Alvites.
Presidente da Red-IDD.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.
Presidente Nacional da Red-IDD.

Paulo Ricardo Schier.
Coordenador da VIII Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia.

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá.

.

1. CONSIDERACIONES SOBRE REFORMA A LA INTEGRACIÓN Y COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

https://doi.org/10.36592/9786581110642-01

Humberto Nogueira Alcalá[1]

Resumen

Este artículo busca establecer, previa caracterización del Tribunal Constitucional chileno, un análisis crítico del nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional y de algunas de sus competencias, estableciendo algunas propuestas de modificación en dichas matérias.

Introducción

En este trabajo abordaremos algunos aspectos que requieren ser modificados respecto del Tribunal Constitucional en la nueva Constitución, los que clasificamos en materias de integración y algunas competencias del Tribunal. En el primer ámbito reflexionaremos sobre algunos ámbitos del estatuto del magistrado constitucional (el nombramiento, la integración del Tribunal, magistrados suplentes, y responsabilidad de magistrados constitucionales). En el ámbito competencial sólo nos referiremos a aspectos del control preventivo normativo, a la acción de inconstitucionalidad y la resolución de conflictos inter orgánicos.

Las competencias de los Tribunales Constitucionales

Por regla general los tribunales constitucionales tienen dentro de sus competencias el control de constitucionalidad de normas infra constitucionales, el control de constitucionalidad de conflicto de atribuciones o competencias de los órganos estatales; el control de constitucionalidad a través del amparo extraordinario de los derechos fundamentales y competencias residuales (Tusseau, 2021)

[1]. Universidad de Talca, Chile.

Las atribuciones de control normativo pueden ser de carácter preventivo o de carácter reparador, pueden concretarse en procedimientos abstractos o concretos, teniendo parámetros de control como *único*, cuando el parámetro está dado sólo por el texto constitucional, o *plural (bloque constitucional de derechos),* la legitimación activa puede ser amplia o restringida y concretarse por acción o mediante recursos, los efectos en el tiempo pueden ser retroactivos o hacia el futuro, como asimismo, los efectos personales de la sentencia pueden ser efectos inter partes o erga omnes.

Caracterización del Tribunal Constitucional chileno

Tribunal Constitucional es un órgano único, extra poder, especializado de jurisdicción constitucional, que ejerce un control concentrado de constitucionalidad de *carácter parcial,* ya que carece de control de constitucionalidad de omisiones legislativas y de reglamentos parlamentarios, y ejerce un control de constitucionalidad de normas que entran en conflicto con el texto constitucional emanadas de órganos instituidos y provenientes del derecho internacional convencional, que se concreta en control preventivo en materia de reformas constitucionales, de incorporación de tratados al derecho interno y de preceptos legales que tratan sobre materia propia de leyes orgánicas constitucionales, como asimismo de leyes interpretativas de la Constitución; y de control reparador abstracto y concreto de preceptos legales, decretos con fuerza de ley y potestad reglamentaria administrativa emanada del gobierno y procesal administrativa emanada solamente de autos acordados de cortes de apelaciones, Corte Suprema y Tribunal Calificador de Elecciones; asimismo dispone de una limitada atribución en materia de conflictos de competencias y ejerce algunas competencias residuales, careciendo de atribuciones de amparo extraordinario de derechos.

Existe una *legitimación activa amplia*, el control que realiza el Tribunal Constitucional se concreta a instancia o requerimiento de personas o grupos que tienen un interés legítimo o un bien jurídico comprometido en la gestión judicial o a instancia del órgano jurisdiccional ordinario que conoce de la materia en una gestión judicial específica, existiendo además el pronunciamiento del Tribunal a requerimiento de determinados órganos o autoridades del Estado (Presidente de la

República, Congreso Nacional a través de las respectivas cámaras o de minorías parlamentarias), o en casos limitados a través de acciones públicas, lo que posibilita determinar la existencia de una mixtura de defensa objetiva de la Constitución y de defensa de intereses legítimos de las personas *y sus finalidades.*

A su vez, el Tribunal Constitucional utiliza *procedimientos mixtos* que implica la combinación de *procedimientos abstractos* en control preventivo y reparador y procedimientos de *control concreto* respecto de normas emanadas de preceptos legales en su aplicación a gestiones judiciales desarrolladas ante jueces ordinarios o especiales.

El parámetro de control de constitucionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional es *único*, en la medida que está dado sólo por el texto constitucional, aun cuando en materia de derechos esenciales hay una obligación constitucional de respetar y promover los derechos asegurados por la Constitución como por el derecho internacional convencional de los derechos humanos ratificado y vigente, a través del inciso 2° del artículo 5° de la Carta Fundamental.

La parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Constitucional produce efectos de cosa juzgada, aun cuando carece de imperio. Los *efectos decisorios de la sentencia* en el ámbito personal producen *efectos inter partes* en control concreto, afectando solamente a quienes han participado del procedimiento jurisdiccional, o produce *efectos erga omnes* cuando la sentencia resuelve la acción de inconstitucionalidad en control reparador abstracto o en control preventivo, ya sea impidiendo la entrada en vigencia del enunciado normativo en contradicción con el texto constitucional o derogándolo (anulándolo). A su vez, la sentencia produce efectos derogatorios (anulatorios) *ex nunc,* cuando la decisión jurisdiccional expulsa el precepto legal del ordenamiento jurídico, prohibiéndose los efectos retroactivos y los efectos prospectivos.

Consideraciones sobre nombramiento, integración, magistrados suplentes y responsabilidad de los Magistrados

Los órganos que realizan nombramientos de Magistrados del Tribunal Constitucional y el número de miembros nombrados.

En Chile, la Constitución, en su artículo 92, establece una integración del Tribunal Constitucional de diez magistrados:

Tres magistrados son designados por el Presidente de la República sin control inter órgano; el Senado nombra dos magistrados dos miembro por dos tercios de los senadores en ejercicio; otros dos ministros son propuestos por la Cámara de Diputados por dos tercios de los diputados en ejercicio, los que debe ser ratificado por el Senado por los dos tercios de los senadores en ejercicio; la Corte Suprema elige tres magistrados, cuyo procedimiento de elección se encuentra regulado por un Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia de 24 de marzo de 2006.

Los magistrados duran nueve años en funciones, se renuevan por parcialidades cada tres años y no pueden ser reelectos, salvo como reemplazantes y hayan ejercido el cargo por menos de cinco años. Los magistrados cesan en el cargo al cumplir 75 años de edad.

A su vez, debe señalarse que un magistrado del Tribunal Constitucional que cesa en el cargo, por renuncia u otra razón, debe ser reemplazado por el órgano correspondiente por el tiempo que falte al miembro saliente para completar su período, como determina el mismo artículo 92 de la Constitución.

Es necesario precisar que la legitimidad del Tribunal Constitucional en un Estado Republicano y democrático depende significativamente de los órganos que realizan los nombramientos de magistrados y de la idoneidad e independencia de los magistrados.

Consideramos que los órganos que elijan a los magistrados, deben haber sido electos directamente por la ciudadanía, lo que otorga legitimidad republicana y democrática a los magistrados, siendo estos órganos el Congreso Nacional y el Presidente de la República. En esta perspectiva, consideramos que debe eliminarse la elección que concreta la Corte Suprema, la que carece de legitimidad democrática directa.

Nuestra proposición es que el Presidente de la República elija tres magistrados, los cuales debieran tener la aprobación del Senado por dos tercios de sus miembros, con ello se elimina la actual discrecionalidad del Presidente de la República para nombrar los magistrados y se establece un control inter orgánico.

Los ocho magistrados restantes serían elegidos por el Senado y la Cámara de Diputados, cuatro cada uno de ellos, por mayoría de dos tercios.

La renovación de los magistrados se realizaría por parcialidades cada tres años, eligiéndose en la primera renovación un magistrado por el Presidente con acuerdo del Senado, uno de los magistrados elegidos por el Senado y dos magistrados elegidos por la Cámara de Diputados. En la segunda renovación se elegiría un magistrado nombrado por el Presidente con acuerdo del Senado, dos magistrados elegidos por el Senado y uno por la Cámara de Diputados. En la tercera renovación se elegiría un magistrado por cada uno de los tres órganos respectivos.

En caso de renuncia, fallecimiento, imposibilidad absoluta o que debiere durar indefinidamente de un magistrado titular, debe ser reemplazado por el mismo órgano y procedimiento, para el periodo que resta del magistrado reemplazado, mientras ello ocurre, un magistrado suplente ejercerá el cargo.

Número impar de los magistrados del Tribunal Constitucional

Consideramos la conveniencia de una integración del tribunal con un número impar de magistrados, para lo cual proponemos aumentar de diez a once magistrados la integración del Tribunal Constitucional. Ello permite tener dos salas de cinco magistrados, y el Presidente del Tribunal Constitucional que solo integra el pleno del mismo, teniendo una disposición de tiempo para el desarrollo de una eficiente y eficaz tarea de dirección y administración del Tribunal, además de que este debe ser elegido por mayoría absoluta de los magistrados, lo que hace que su número impar haga más difícil la posibilidad de empates que generen bloqueos como han existido en nuestro país y existe menos riesgo de definición de materias por voto de calidad del presidente del tribunal, quitándole esa dimensión política que tiene actualmente dicho cargo. Las diferencias de criterios entre las salas deben ser resueltas por el pleno del tribunal.

Paridad de género y consideración del ámbito regional

Por otra parte, parece adecuado establecer la paridad de géneros en el

nombramiento realizado por el Presidente de la República y por las cámaras del Congreso Nacional. En el caso del Presidente de la República, el que nombra tres magistrados, al menos uno de ellos debe pertenecer al género femenino o masculino.

En el caso de ambas Cámaras deben realizar el nombramiento de dos Magistrados de género femenino y dos de género masculino, alternando el nombramiento cuando les corresponda elegir un solo magistrado al igual que el Presidente de la República. Tal perspectiva genera una composición equilibrada y considera las experiencias personales o colectivas, afín de recoger diversas sensibilidades y modos de razonar, lo que posibilita enriquecer la calidad epistémica de sus sentencias, sin perjuicio de considerar también una variable geográfica, que integre y represente las realidades regionales.

Regulación Constitucional de Magistrados suplentes.

Consideramos conveniente establecer constitucionalmente, la existencia de magistrados suplentes, elegidos por los mismos órganos constitucionales y con los mismos requisitos que los magistrados titulares, en una cantidad de cinco magistrados, los cuales reemplazarán a los magistrados titulares en casos en que uno o más magistrados titulares puedan encontrarse inhabilitados por implicancia, enfermedad, salida del país o por cualquier otro motivo. Dichos magistrados suplentes durarán tres años en sus funciones, debiendo concluir estas como los magistrados titulares al cumplir 75 años de edad.

La función del magistrado suplente tendrá los mismos derechos y obligaciones de los magistrados titulares. Disposiciones constitucionales similares existen en Austria (art. 147.1 de la Constitución), en Ecuador (art.275 de la Constitución) y en Guatemala (art. 269 de la Constitución).

***La inamovilidad en el cargo*.**

En el caso chileno, los magistrados del Tribunal Constitucional son inamovibles como determina el artículo 92 de la Carta Fundamental.

En Latinoamérica, en algunos países existe la posibilidad de destituir los magistrados del Tribunal Constitucional a través del juicio político o acusación constitucional, lo que constituye un riesgo para la adecuada independencia de los magistrados en el ejercicio de sus funciones. El precedente peruano que destituyó por acusación constitucional a tres magistrados del Tribunal Constitucional durante el régimen de Fujimori en Perú ([2]), impidió al tribunal conocer de acciones de inconstitucionalidad por un buen periodo de tiempo, por carecer de quórum para ello. En Ecuador, la acusación constitucional que se mantuvo latente sobre cinco de los nueve magistrados del Tribunal Constitucional de Ecuador en 2003, que luego terminó en el Gobierno de Lucio Gutiérrez, con la destitución de todos los Ministros del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema del Ecuador en un juicio político parlamentario, sin debido proceso ([3]). En Bolivia, la amenaza por el gobierno de Evo Morales contra los magistrados del Tribunal Constitucional de Bolivia durante los años 2007 y 2008, llevó a la renuncia de todos sus magistrados del mismo. Ellos constituyen ejemplos del riesgo de que los controlados puedan destituir a los controlantes por razones con alto grado de discrecionalidad y sin debido proceso.

Consideramos más adecuado que los magistrados de un Tribunal Constitucional sean rigurosamente seleccionados, no sean susceptibles de ser acusados constitucionalmente por sus votos u opiniones emitidos en sus resoluciones o sentencias, sino solamente puedan ser objeto de imputación y condena por el tribunal competente correspondiente en el caso de cometer delitos, mediante un debido proceso.

La inamovilidad de los Magistrados de la Corte o Tribunal es la regla en Alemania (art. 97 Constitución); España (art 159.5 Constitución); en Portugal (art.

[2] En la materia la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la vulneración del derecho a un juicio justo y las garantías judiciales en vulneración del artículo 8° y 25° en armonía con el artículo 1° de la CADH, estableciendo como medida de reparación la reincorporación de los Magistrados por el periodo que restaba para el ejercicio legítimo de sus funciones. Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.* Sentencia de 31 de enero de 2001.

[3] Al respecto la Corte IDH determinó en sentencia de 2013, la vulneración en dicho juicio político de los derechos a las garantías judiciales de todos los magistrados destituidos, estableciendo como reparación para cada uno de ellos, una compensación de varios cientos de miles de dólares que debió pagar el Estado del Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Camba Campos y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 28 de agosto de 2013.

222.5 Constitución); en Rusia (art. 12 y 14 LCFCC), en Armenia (art. 8 LCC); Ecuador (art. 431 Constitución); entre otros casos.

El control de constitucionalidad normativo preventivo.

Artículo 93 de la Constitución determina que son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación

3º Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

El control preventivo de constitucionalidad tiene por objeto evitar ya sea el nacimiento de normas jurídicas contrarias a la Constitución o impedir que normas provenientes del derecho internacional se incorporen al ordenamiento jurídico nacional si nuestro texto constitucional se encuentran en conflicto con ellas. Se trata de un control de prevención, por lo que la acción, requerimiento o consulta tiene como efecto impedir que continúe el procedimiento de aprobación o incorporación de la norma jurídica cuestionada mientras se pronuncia el Tribunal Constitucional; respecto de tratados se establece la compatibilidad o incompatibilidad de la Constitución con el cuerpo normativo del respectivo tratado.

***Consideraciones críticas del artículo 93 Nº 1 y 3 de la Constitución*.**

En nuestra consideración deben ser eliminado el quorum de las leyes orgánicas constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto ellas deben ser expresión del órgano legislativo mediante mayoría simple o mayoría absoluta, pero nunca debe establecer un bloqueo o veto de la minoría como ocurre con el quorum de cuatro séptimos de los diputados o senadores en ejercicio que se encuentra establecido para este tipo de leyes. Consideramos que las materias que

actualmente deben aprobarse por dicho quorum deben ser aprobadas, modificadas o derogadas por el quorum de mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de ambas ramas del Congreso Nacional; en tal perspectiva, debe eliminarse el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de dichas leyes orgánicas constitucionales.

Así debe mantenerse el control preventivo de las leyes interpretativas de la Constitución para evitar que ellas, bajo el pretexto de interpretación, no modifiquen disposiciones constitucionales.

Debe mantenerse el control preventivo facultativo de constitucionalidad de tratados internacionales durante su tramitación en el Congreso Nacional, concluida ésta y comunicada formalmente al Presidente de la República, debe cesar la posibilidad de realizar el requerimiento, el que sólo puede ser planteado por una de las Cámaras del Congreso o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, si existiere algún conflicto del tratado con el texto constitucional, en cuyo caso, para ingresar al ordenamiento jurídico nacional el tratado deberá aprobarse por el quorum de reforma constitucional o previa reforma de la Constitución. Debe quedar claramente establecido constitucionalmente que no hay control reparador sobre tratados internacionales, ya que ello genera responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho Internacional, ya que los tratados sólo pueden ser dejados sin efecto, modificados o suspendidas de conformidad con el mismo tratado o con las normas generales del Derecho Internacional.

En relación a la facultad del Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional, consideramos que este control de constitucionalidad sólo pueden ser objeto de control preventivo a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o al menos de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, conforme determina el artículo 61 de la LOC del Tribunal Constitucional, conforme con el artículo 93 de la Carta Fundamental. Este control debe mantenerse, para preservar las reglas de procedimiento y de competencia que corresponda a la generación, modificación o derogación de reformas constitucionales o proyectos de ley, como asimismo para preservar el ámbito competencial de los diversos órganos estatales, determinado por la

Constitución, el cual debiera hacerse efectivo después del trámite de aprobación por ambas Cámaras del Congreso Nacional y antes de la promulgación de la normativa respectiva.

El control reparador o correctivo de constitucionalidad de normas legales en control abstracto

El control por vía principal se establece a través de una acción de inconstitucionalidad que ataca directamente la norma u acto, supuestamente inconstitucional, ante el órgano de control jurisdiccional competente. Este control puede producirse en forma restringida o amplia. La *modalidad restringida a la legitimación activa de órganos ejecutivo y legislativo*, existe por regla general en el caso de los tribunales constitucionales, como los de Alemania, España, Portugal, Francia, Guatemala, Colombia, Ecuador, Perú, Hungría, Bélgica, entre otros. La *modalidad de acción popular, además de Chile,* la encontramos en países como México, Colombia, Panamá, Italia, Venezuela, entre otros.

El artículo 93 Nº 7 de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional tiene la atribución de resolver por mayoría de cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable de conformidad con el número anterior, hay acción pública para requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad sin perjuicio de la facultad del propio Tribunal Constitucional para declararla de oficio.

Consideramos que debe eliminarse la declaración de oficio por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de leyes, la que no es regla general en el derecho constitucional comparado, donde los tribunales constitucionales ejercen sus atribuciones a petición o requerimiento de terceros.

Somos claramente partidarios de desvincular la acción de inconstitucionalidad de preceptos legales de la acción de inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución, ya que no existe ninguna vinculación entre ambas instituciones, ya que la primera constituye un control abstracto de constitucionalidad que determina la eliminación de la norma legal del

ordenamiento jurídico por ser contraria en todas sus interpretaciones posibles a la Constitución, mientras que la acción de inaplicabilidad constituye un control concreto de constitucionalidad sobre una aplicación del precepto legal que en el caso concreto puede generar un eventual situación de inconstitucionalidad en su aplicación, donde no existe *contradicción entre la ley y la Constitución (Nogueira, 2013).* A su vez, el artículo 97 Nº 2 de la LOC del Tribunal Constitucional, le agrega una limitación adicional, la que restringe aún más su eficacia, al determinar que la cuestión de inconstitucionalidad debe fundarse en el "*mismo vicio de inconstitucionalidad del que motivó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*" del precepto impugnado (Navarro, 2012, p. 379), lo que debiera ser eliminado; asimismo debe serlo el artículo 101 de la Ley Orgánica Constitucional comentada, que restringe la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas ya que el requerimiento de inconstitucionalidad debe fundarse "*únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*".

La regla general en el derecho comparado no vincula la acción de inconstitucionalidad a pre-requisitos como la existencia previa de un control concreto de constitucionalidad (Ríos, 2010, p. 59) siendo ambas perspectivas autónomas e independientes como está establecido en Alemania, Austria, Bélgica, España, Italia, Portugal, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana, entre otros.

Asimismo, nos parece inadecuado mantener el quorum extraordinario de cuatro quintos de los integrantes para declarar una ley contraria a la Constitución y eliminarla del ordenamiento constitucional. Consideramos oportuno *rebajar a la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal Constitucional en ejercicio* la resolución que determine la derogación (anulación) de un precepto legal, lo que requiere la concurrencia de seis de los once magistrados que integrarían el Tribunal, no existe Tribunal Constitucional en todo el derecho comparado que opere con la mayoría de 4/5 exigidos por el texto constitucional chileno para anular un precepto constitucional, constituyendo ello un debilitamiento in extremis de la acción de inconstitucionalidad.

Por último, respecto de los efectos del fallo de inconstitucionalidad, el constituyente no se planteó si los efectos mal denominados de "derogación" (Verdugo, 2008, p. 251 y ss.), del precepto legal debe ser, en todos los casos, la consecuencia única e indispensable de la inconstitucionalidad, o si se puede reparar la inconstitucionalidad por vías distintas, como puede ser el caso de sentencias que desvinculen la declaración de inconstitucionalidad de la anulación inmediata, pudiendo establecerse sentencias que determinen la anulación del precepto legal con una eficacia en un momento futuro, un año u otro plazo que determine el texto constitucional o legal en su caso, plazo en el cual el legislador puede superar el vicio establecido..

Así es posible sostener que la aplicación de la anulación es innecesaria cuando el juez constitucional se pronuncia sobre leyes derogadas o sobre leyes vigentes que han agotado todos sus efectos jurídicos, o cuando la inconstitucionalidad versa sobre omisiones de la ley, ya que en tales casos la nulidad y expulsión del precepto inconstitucional no genera el efecto de agregar a la ley lo que le falta para ser constitucional, y en otros casos, la derogación o anulación del precepto legal puede generar un vacío más peligroso que el mantenimiento de la norma en el ordenamiento jurídico, en casos de discriminación por omisión..

En esta perspectiva, consideramos que debe sostenerse que la nulidad o anulación, únicamente es utilizable cuando "*la expulsión resulte medio idóneo para el restablecimiento de la juridicidad conculcada*" (Jiménez. 1998, p. 123).

Resolución de conflictos de competencia.

El Tribunal Constitucional chileno constituye entre los tribunales constitucionales el que tiene menos atribuciones en materia de conocimiento y resolución de contiendas o conflictos de competencias. En efecto, sólo tiene una, la de resolver las contiendas de competencia que se suscitan entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

Nos parece que el Tribunal Constitucional es un órgano más preparado que los órganos políticos para resolver conflictos jurídicos constitucionales, por lo cual

debiera estar dotado de la atribución de "Resolver *los conflictos de competencia o de atribuciones entre los órganos del Estado u otros órganos establecidos en la Constitución".*

Reflexiones finales

A través del presente artículo hemos propuesto algunas reformas al Tribunal Constitucional chileno con el objeto de mejorar su legitimidad y posibilitar el objetivo de la defensa jurisdiccional de la Constitución con autonomía e independencia, pacificando los conflictos en base al derecho y potenciando el Estado Constitucional democrático.

Bibliografía

Jiménez Campo, Javier (1998); "La declaración de inconstitucionalidad de la ley", en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, Javier, *Estudios sobre Jurisdicción constitucional*, MacGraw-Hill, Madrid.

Navarro, Enrique. 2012. "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 39 , pp. 363 – 394.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2019. *El Tribunal Constitucional chileno y perspectiva comparativa con tribunales constitucionales latinoamericanos*. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

Nogueira Alcalá. Humberto. 2019. "Consideraciones jurídicas sobre el Tribunal Constitucional y sobre su competencia de control de constitucionalidad preventivo sobre tratados internacionales y sobre preceptos legales en Chile. Algunas proposiciones de reforma. En Nogueira Alcalá, Humberto (Coord.). Temas de jurisdicción constitucional chilena y sudamericana, pp. 91-121.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2013. "Algunas consideraciones sobre la acción de inconstitucionalidad (artículo 93 N° 7) en perspectiva de derecho comparado", en Nogueira Alcalá, Humberto. (Coordinador y coautor). 2013. *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*. Ed CECOCH – Librotecnia, Santiago. pp. 47 – 87.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2005. "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal

Constitucional y los efectos de sus sentencias", en Revista Estudios Constitucionales, volumen 3, número 1, pp. 11-35.

Nogueira Alcalá, Humberto. 2004. *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI.* México D.F., Ed. Porrúa.

Ríos Álvarez, Lautaro. 2013. "La acción de inconstitucionalidad en Chile (Logros, problemas y posibles perfeccionamientos)." en Nogueira Alcalá, Humberto. (Coordinador y coautor). 2013. *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma de 2005*. Ed CECOCH – Librotecnia, Santiago. pp. 89 – 115.

Ríos A., Lautaro. 2010. "La sentencia de inconstitucionalidad en la reforma de la LOC del Tribunal Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto. (Coord.) (2010). *Temas de Derecho Procesal Constitucional. Reflexiones jurídicas sobre competencias del Tribunal Constitucional y la nueva LOC del Tribunal Constitucional*. CECOCH – Asociación Chilena de Derecho Constitucional - Ed. Librotecnia. Santiago. pp. 27 – 63.

Ríos Álvarez, Lautaro. 2005. La Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional, en Revista Estudios Constitucionales, volumen Nº 3, número 1, pp. 73 a 95, especialmente pp. 82 -95.

Tusseau, Guillaume. 2021. *Contentieux Constitutionnel Comparé*. Paris, LGDJ.

Verdugo Ramírez, Sergio. (2008). La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos. En Revista Actualidad Jurídica Nº 18, pp. 247-297.

Zúñiga Urbina, Francisco. 2010. *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales* .Ed. Abeledeo Perrot / Legal Publishing, Santiago.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DA SAÚDE E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO NO COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 – UMA ANÁLISE À LUZ DOS CONFLITOS FEDERATIVOS[1]

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH'S PROTECTION AND THE ROLE PLAYED BY THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT FIGHTING THE COVID-19 PANDEMICS – AN ANALYSIS IN LIGHT OF FEDERATIVE CONFLICTS

https://doi.org/10.36592/9786581110642-02

Ingo Wolfgang Sarlet[2]

Jeferson Ferreira Barbosa[3]

Resumo

O objetivo do artigo é identificar e analisar os principais temas em discussão no Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) relativamente ao direito à saúde no contexto do combate à pandemia da COVID-19. Nesse contexto, é perceptível o esforço por parte do STF no sentido equacionar as frequentes tensões e conflitos entre os entes da Federação, assegurando tanto a prerrogativa da União de estabelecer critérios gerais e assumir a coordenação geral no que diz com as políticas e medidas em geral de combate à pandemia, quanto garantir que Estados e Municípios não fiquem imobilizados. Além disso, o conjunto das decisões do STF apresentadas e analisadas, se caracteriza por implantar um federalismo do tipo cooperativo, bem como por garantir a descentralização e a atuação solidária dos entes federativos, tal como exigido pela Constituição Federal brasileira no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).
Palavras-Chave: Direito à Saúde. Pandemia. Covid-19. Supremo Tribunal Federal (STF). Conflitos federativos

Abstract

The aim of this paper is to identify and analyze the main issues under discussion in the Brazilian Federal Supreme Court (BFSC) regarding the right to health in the

[1] A presente pesquisa conta com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 (no âmbito do Programa CAPES/PNPD - Programa Nacional de Pós-Doutorado).
[2] Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS. Advogado e parecerista.
[3] Mestre em Direito pela PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade de Ratisbona, Alemanha. Pesquisador com bolsa pelo Programa CAPES/PNPD -Programa Nacional de Pós-Doutorado - no PPGD da PUCRS..

context of fighting the COVID-19 pandemic. In this context, it is possible to verify the effort undertaken by the BFSC, in order to cope with the frequent tensions and conflicts between the entities of the Federation, granting the prerogative of the Federal Government to establish general criteria and assume general coordination with regard to policies and measures in general to fight the pandemic is also perceptible, as well as assuring that states and municipalities are not restrained. Besides this, the decisions from the BFSC presented and analyzed in this paper, have in common the implementation of a kind of cooperative federalism, granting the decentralization and solidary action of all federative entities in regard to the Unified Health System, as required bu the Brazilian Federal Constitution.
Keywords: Right to Health. Pandemic. Covid-19. Brazilian Federal Supreme Court. Federative Conflicts

1. Introdução

O problema da efetividade do direito fundamental à (proteção e promoção da) saúde, consagrado no artigo 6º c/c artigo 196 a 200 da Constituição Federal brasileira de 1988 (CF), tem sido objeto de amplo estudo e acirrado debate, seja na esfera doutrinária, seja no âmbito judicial, visto que, dadas importantes disfunções no sistema de saúde e o amplo acesso ao Poder Judiciário assegurado pela CF, um expressivo número de demandas judiciais sobre o tema tem sido proposto em especial desde meados da década de 1990. Tendo em conta o aumento vertiginoso de tais ações e o seu impacto sobre o orçamento público, passou a se falar recorrentemente de um processo de judicialização da saúde e mesmo de uma judicialização das políticas públicas, muito embora tal fenômeno não se verifique apenas nessa seara[4].

[4] Sobre o tema, cf., na literatura especializada brasileira, dentre outros: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Health as an enforceable positive right: the Brazilian Supreme Federal Court's case law on the access to medicines. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 102, 2019, pp. 117-134; WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849-869. *Right to health litigation* seria uma das possibilidades de tradução do termo "Judicialização da saúde" para o inglês. Sugerindo cuidado com a afirmação de que demandas coletivas e estruturais automaticamente implicariam beneficiar os mais necessitados: FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Social Rights, Judicial Remedies and the Poor. *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 18, nº 3, 2019, pp. 569-579. Sugerindo que a colaboração institucional nem sempre conduz a uma solução satisfatória: VASCONCELOS, Natalia Pires de. Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde. *Brazilian Journal of Public Administration*, vol. 55, nº 4, 2021, pp. 923-949. BIEHL, João; et al. Judicialisation and the Right to Health in Brazil. *The Lancet*, vol. 373, nº 9682, 2009, pp. 2182-2184.

Com o chegada da pandemia da COVID-19 ao Brasil, em março de 2020, quando foi notificado o primeiro caso de infecção, é possível afirmar, aqui ainda em sede preliminar e exploratória, que não só os níveis (quantitativos e qualitativos) da assim chamada judicialização da saúde foram intensificados, como também o número de casos submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), em especial considerando o curto lapso temporal, cresceu exponencialmente, como ainda se terá ocasião de verificar com maior detalhamento logo adiante.

À vista desse cenário, o que se pretende com este texto é identificar os principais temas em discussão no STF relativamente ao direito à saúde e à Pandemia da COVID-19. Tendo como marco temporal inicial o mês de março de 2020 – quando também foi julgado o primeiro caso no STF sobre a matéria – optou-se por selecionar decisões divulgadas até inclusive o mês de julho de 2021, devido ao fechamento do trabalho – em termos de análise do material e redação – ao longo dos meses de agosto, setembro, outubro e novembro do mesmo ano.

Dada a enorme quantidade de casos levados ao STF e por este já julgados, optou-se por pautar a seleção inicialmente com base em informações contidas nos boletins de jurisprudência da Corte Suprema brasileira, abarcando o período de março de 2020 até julho de 2021. Secundariamente, com o objetivo de enriquecer a pesquisa, também foram consideradas informações do "Painel de Ações COVID-19" do STF[5].

A limitação ao STF é justificada pelo fato de se tratar da Instância Judiciária à qual foi atribuída, pela CF, a guarda da ordem constitucional brasileira, ademais de decidir de modo vinculativo em âmbito nacional e de ter a última palavra quando se trata da interpretação da CF. Além disso, trata-se do foro de maior visibilidade e impacto no que diz respeito aos embates políticos e institucionais levados ao Poder Judiciário, o que igualmente se agudizou durante a pandemia, ainda que não apenas por sua conta.

Com relação aos critérios qualitativos, foram selecionadas as decisões que versam mais diretamente sobre o "direito à saúde", incluindo as dimensões de promoção e proteção da saúde. Decisões que tem por objeto questões formais

[5] <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso: 31.06.2021

apenas são consideradas se tiverem algum desdobramento no âmbito do direito fundamental à saúde, como é o caso das competências dos entes federados nessa seara. O segundo critério delimita a seleção de decisões apenas àquelas que dizem respeito ao enfrentamento da pandemia. Em um terceiro momento buscou-se focar em casos de maior impacto e representativos dos diversos e mais relevantes e controversos temas discutidos no STF envolvendo a proteção da saúde e o combate à pandemia.

Antes, contudo, de avançar com o mapeamento, discussão e análise das principais decisões do STF, impõe-se uma breve apresentação geral das medidas de enfrentamento da pandemia. Depois, segue a apresentação de um panorama dos principais problemas enfrentados pelo STF em relação ao Vírus Corona e ao direito à saúde, mediante o recurso a alguns exemplos. Ao final, conclui-se com um balanço geral acerca da atuação do STF com relação ao direito à saúde no contexto da pandemia.

2. As medidas de enfrentamento da COVID-19 e a sua judicialização

A pandemia gerada pela COVID-19 foi notificada pela primeira vez no Brasil em março de 2020, e desde então tem produzido impactos massivos em amplos setores da sociedade. Tem demandado medidas não apenas para a proteção da saúde pública, mas também exigido ações para apoiar a economia e a sociedade. As medidas adotadas pelas instâncias governamentais brasileiras para lidar com a crise, a exemplo do que se verificou em escala mundial, são múltiplas e heterogêneas, podendo, contudo, ser enquadradas em três grupos: (*1.*) isolamento e distanciamento social (*2.*) aumento da capacidade dos serviços de saúde e (*3.*) auxílio financeiro para a população, empresas, estados e municípios[6].

O combate mais direto da pandemia é regulado pela Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que contém diretrizes sobre quarentena e isolamento, uso obrigatório de máscaras, exames, tratamentos e vacinas, restrições à locomoção,

[6] Cf. PIRES, Roberto Rocha C. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19*. Nota Técnica 33. Diest. Ipea. Abril de 2020.

atividades essenciais, expropriação de bens privados e regras mais flexíveis para licitações e importações[7].

Essa lei deixa claro os desafios da coordenação: (*i.*) entre os diferentes entes federados, (*ii.*) entre o setor público e o privado e (*iii.*) entre diferentes atividades na sociedade. Isso fica destacado tendo em vista que a restrição em rodovias, portos e aeroportos requer a ação de três ministérios (do Governo Federal) e recomendação técnica da Agência Nacional de Vigilância Sanitária -ANVISA (entrada e saída do País ou entre estados) ou do órgão estadual de vigilância sanitária (locomoção interestadual)[8]. Multas devem ser estabelecidas e regulamentadas pelos entes federados. Há obrigatoriedade, em nível nacional, do uso de máscaras em espaços com acesso ao público, em vias públicas, em transportes remunerados e locais de reunião[9]. Há dever de fornecimento de máscaras pelo empregador[10], dever de higienizar e disponibilizar álcool em gel[11], dever de comunicação às autoridades[12]. Além de atividades expressamente reconhecidas como serviços públicos e atividades essenciais, há também a determinação de que restrições não atrapalhem o abastecimento de produtos[13].

A crise sanitária começou a se intensificar em março de 2020, levando o Governo Federal a reconhecer o estado de calamidade pública por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020[14]. Da mesma forma, estados e municípios passaram a reconhecer formalmente a situação[15]. É possível afirmar que, em um primeiro momento, não houve extenso planejamento, contemplando critérios para divisão de estados em áreas geográficas, possibilitando medidas mais rigorosas em áreas de maior exposição, nem previsão de diretrizes para suspensão e retomada das atividades. Posteriormente houve um aperfeiçoamento com a relação a tais

---

[7] Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei 13.979/2020). Disponível em: <https://tinyurl.com/ztej5kun>. Acesso em: 11.05.2021.
[8] Artigo 3º § 6º e § 6º B da Lei 13.979/2020.
[9] Artigo 3º-A I, II e III da Lei 13.979/2020.
[10] Artigo 3º-B § 1º, § 2º c/c artigo 3º-C da Lei 13.979/2020.
[11] Artigo 3º-H da Lei 13.979/2020.
[12] Artigo 5º da Lei 13.979/2020.
[13] Artigo 3 § 7º C, § 9 e § 11 da Lei 13.979/2020.
[14] Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/49abbz2s>. Acesso em: 10.06.2021.
[15] PEREIRA, Ana Karine; OLIVEIRA, Marília Silva; SAMPAIO, Thiago da Silva. Heterogeneidades das políticas estaduais de distanciamento social diante da COVID-19: aspectos políticos e técnico-administrativos. *Rev. Adm. Pública*, vol. 54, nº 4, 2020, pp. 678-696.

critérios, todavia com variações entre os entes federados[16]. Tais variações têm relação com: (1) uma fraca coordenação nacional; (2) uma forte liderança dos estados; e (3) ao conflito entre o Presidente e seu Ministro da Saúde, em um primeiro momento, e ao conflito entre o Presidente e governadores, que se seguiu. Esses focados na proteção da saúde pública, aquele na proteção da economia[17].

No que diz respeito à atuação do Poder Judiciário, a pandemia da COVID-19 teve um impacto significativo sobre o fenômeno da judicialização, que já era muito expressivo antes, como demonstrado. No contexto pandêmico, a judicialização visibilizou uma série de problemas que antes não tinham tido maior relevância, ademais do aumento do número de processos, considerando o período abarcado pelo texto, relacionados diretamente à proteção da saúde. Além disso, chamam a atenção as matérias submetidas ao crivo do Poder Judiciário, em especial as que chegaram ao Supremo Tribunal Federal. As relações, tensões e mesmo colisões entre o direito à proteção da saúde e outros direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional, igualmente ganharam maior expressão, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos, o que se poderá compreender melhor mediante a análise que segue.

3. Principais Problemas Enfrentados no (e pelo) STF – uma análise na perspectiva dos conflitos federativos

No presente capítulo busca-se identificar e discutir os principais problemas enfrentados no STF, com relação aos desdobramentos do direito à saúde no contexto da pandemia. Em um primeiro momento o que chama a atenção é o aspecto quantitativo. Em 04.11.21 tramitavam 9.849 processos no STF classificados como ações sobre a COVID-19 e 12.804 decisões. 5.708 processos eram classificados como de alta complexidade, grande impacto e repercussão, 3.038 processuais

[16] MORAES, Rodrigo Fracalossi de; SILVA, Lara Lívia S.; TOSCANO, Cristiana M. *Covid-19 e Medidas de Distanciamento Social no Brasil*: Análise Comparativa dos Planos Estaduais de Flexibilização. Nota Técnica 25. Dinte. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Agosto de 2020.
[17] ANA KARINE PEREIRA / MARÍLIA SILVA OLIVEIRA / THIAGO DA SILVA SAMPAIO. *Heterogeneidades das políticas estaduais*, op. cit.

penais e 385 como direito administrativo e outras matérias de direito público[18]. A dimensão impactante desses números fica ressaltada pelo fato de estarem diretamente relacionados com problemas gerados pela pandemia, atingindo o setor público e/ou o privado, o que indica quantidade ainda maior de demandas nas demais instâncias judiciárias. Tais evidências apontam para uma significativa judicialização.

Um segundo aspecto assume uma natureza qualitativa. As decisões do STF no contexto pandêmico (portanto, não apenas as que serão aqui apresentadas e discutidas), abrangem, entre outros, conteúdos muito diferenciados, como é o caso de (1) finanças públicas; (2) competências; (3) requisições de equipamentos para UTI e de estruturas; (4) leitos de UTI com custeio e financiamento pela União; (5) Fornecimento de Oxigênio; (6) restrição de serviços, comércio e de atividades essenciais; (7) uso de máscara; (8) plano de distanciamento social e flexibilizações de restrições; (9) restrição à circulação e ao transporte; (10) vacinação; (11) proteção de grupos vulneráveis; (12) decisões judiciais que impõe regras ou criam exceção; (13) divulgação de dados epidemiológicos; (14) responsabilidade de agentes públicos; (15) acesso à informação e proteção de dados pessoais. Mesmo essa redução, não exaustiva, dos casos a alguns temas, deixa clara a multiplicidade, heterogeneidade e complexidade dos desafios gerados por decisões que possuem efeito em diversos setores da sociedade.

De um lado é importante registrar, de forma sintética e esquemática, a abrangência das matérias discutidas, por outro, na exploração mais detida dos temas, encontra-se neles um elemento comum, a exemplo de um fio condutor, qual seja, o contexto federativo. Como federação compreende-se aqui tanto o aspecto mais comum da divisão vertical do poder entre a União, Estados e Municípios, como igualmente a separação horizontal nas funções executiva, legislativa e judiciária, contextualizadas com o dever de cooperação[19]. Por esse motivo, os casos levados

[18] STF, *Painel de Ações COVID-19*. <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em: 04.11.2021.

[19] BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 17 ss.

ao STF e aqui selecionados serão apresentados e discutidos sob o enfoque do (des)equilíbrio de poderes e da moderação de conflitos federativos.

3.1. (Des)equilíbrio de Poderes e Moderação de Conflitos Federativos

Durante a pandemia, é possível afirmar que o STF não apenas tem examinado litígios e afirmado direitos, mas também intensificou a sua atuação como agente político que busca preservar e expandir seu poder[20]. Nesse duplo aspecto se vislumbra a Suprema Corte tendo a última palavra sobre decisões do Executivo e do Legislativo, esclarecendo o significado e o alcance das legislações dos entes federados e, na prática, dando aval para aquilo que os entes federados devem fazer, bem como para aquilo que podem ou mesmo não podem fazer. Importante relembrar aqui também a linha de confrontação e de omissão adotada pelo Executivo Federal como um importante fator no contexto do combate à pandemia. Assim, os conflitos federativos também acabam envolvendo, em grande parte dos casos, tensões e mesmo confrontos entre os poderes estatais, destaque aqui para as relações entre o Poder Judiciário, representado pelo STF, e os Poderes Legislativo e Executivo.

Os exemplos que podem ser referidos são muitos e diversificados quanto ao seu conteúdo, razão pela qual seguem alguns casos, escolhidos para ilustrar o ponto e priorizando os de maior relevância e impacto:

> *(i) O STF esclareceu que os entes federados poderiam ultrapassar os limites legais e constitucionais com relação aos gastos e dívida pública*[21]*, embora já houvesse articulação legislativa por meio da Emenda Constitucional (EC) 106/2020, que instituiu o regime extraordinário fiscal para atender as necessidades e limitado ao período da calamidade pública*[22]*. Depois, ressaltou o caráter transitório dessas medidas, proibindo a assunção de gastos*

[20] Cf. BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil. *Health and Human Rights Journal*, vol. 23, nº 1, 2021, pp. 151-162.
[21] Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6357 – Distrito Federal, 13.05.2020, DJE 276, 19.11.2020.
[22] *Emenda Constitucional (EC) 106, de 07.05.2020*. Disponível em: <https://tinyurl.com/m8869y2k>. Acesso em: 19.05.2021.

continuados[23].

A responsabilidade fiscal é um problema antigo no contexto federativo brasileiro, com especial destaque para a crise financeira dos estados. A desconfiança de que clientelismo e corrupção sejam motivos ocultos para gastos resulta de uma percepção formada ao longo do tempo, tratando-se de uma dificuldade histórica. A necessidade do Judiciário para afastar a assunção de gastos continuados ressalta a crise de papéis na relação entre os Poderes. A decisão sobre o alcance dos investimentos para combater a pandemia e seus efeitos seria tarefa estratégica básica do Poder Executivo em diálogo com o Poder Legislativo, alcançando a União, estados e municípios[24]. Cumpre também referir o aspecto positivo dos pronunciamentos judiciais acima referidos, no sentido de oferecer mais segurança aos administradores públicos em um contexto de insegurança e incerteza.

(ii) O STF reafirmou que à União compete o interesse nacional (geral), aos estados o interesse regional e aos municípios o interesse local, em um panorama de competências concorrentes (art. 23 II CF – administrativa comum; 24 XII CF – legislativa concorrente entre União e estados;30 II CF – legislativa suplementar dos municípios) [25]*. O STF tem se apoiado nesses conceitos para responder às controvérsias federativas e considerou:*

[23] Assim o fez ao decidir contrariamente à governo de estado que pretendia afastar limitações de despesa com pessoal, contratação, aumento de remuneração e vantagens para servidores da saúde: Acórdão do STF; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6394, 23.11.2020, DJE 284, 01.12.2020. O mesmo é discutido quanto ao aumento do limite de renda para o recebimento do Benefício de Prestação Continuada (BPC): Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 495 Rio de Janeiro, Ministro Presidente Dias Toffoli, 29.07.2020, DJE 193, 03.08.2020.

[24] Na União Europeia, por exemplo, a estratégia parece ser a de, ao mesmo tempo, combater a crise e direcionar investimentos que impactem na preparação dos seus países para o futuro, com investimentos na transição digital, ecológica e para a resiliência: CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *COVID-19: resposta da UE às consequências económicas.* 22.06.2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/t3pe29dc>. Acesso em: 13.07.2021.

[25] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19. In SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (Orgs.). *Competências e Regras.* Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2021, pp. 12-34. Coleção Covid-19, vol. 3; Cf. FERRAZ, Octávio Luiz Motta Ferraz; et. al. Brazil: Legal Response to Covid-19. In KING, Jeff; FERRAZ, Octávio (Eds.). *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*. Oxford: Oxford University Press, 2021. Disponível em: <10.1093/law-occ19/e16.013.16>. Acesso em: 05.07.2021.

> *a.* Que a União, por meio do Congresso Nacional e da Lei 13.979/2020, age dentro da sua competência para legislar sobre vigilância epidemiológica e em favor de ações coordenadas[26].
>
> *b.* Que a União não pode regular a totalidade das medidas a serem tomadas contra a pandemia, pois deve respeitar a autonomia e porque não conhece todas a peculiaridades regionais[27].
>
> *c.* Que compete ao Presidente da República regrar serviços públicos e atividades essenciais, sem excluir a competência dos demais entes federados, que permanecem podendo adotar medidas de sua competência, no que se refere a isolamento, quarentena e restrição em rodovias, portos e aeroportos internacionais, interestaduais e intermunicipais[28].
>
> *1.* Tais medidas podem ser adotadas por todos os entes federados, conforme suas competências, e não é necessário aval da União[29].
>
> *2.* Para restrições ao transporte intermunicipal e interestadual, estados e municípios apenas precisam de fundamentação técnica e garantir a circulação de produtos e serviços essenciais. O fechamento de fronteiras, no entanto, excederia suas atribuições[30].
>
> *3.* Os estados devem ter espaço para regulamentar o transporte intermunicipal e organizar barreiras sanitárias conforme o interesse regional, sem ferir a autonomia dos municípios[31].

A posição tomada pelo STF com relação às competências é vista como uma ação estratégica para corrigir a política federal de manter a economia aberta e da postura de confrontação[32] adotada pelo Presidente da República, conferindo mais poder a estados, municípios e ao Distrito Federal, poder, todavia, limitado pela dependência de tais entes federativos dos recursos financeiros federais[33].

---

[26] Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ADI 6341 – Distrito Federal, 15.04.2020, DJE 271, 12.11.2020.
[27] Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ADI 6343 Distrito Federal, DJE 273, 16.11.2020.
[28] Decisão Monocrática no STF; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 672 Distrito Federal (DF), Relator: Alexandre de Moraes, 08.04.2020, DJE 89, 14.04.2020.
[29] ADI 6341, op cit.; ADI 6343, op cit.
[30] ADI 6343, op cit.
[31] Id.
[32] Verificada seja em relação aos seus dois primeiros ex-Ministros da Saúde, seja com relação aos demais entes federados.
[33] BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics, op cit., p. 155; Cf. FERRAZ, Octávio Luiz Motta; et. al. Brazil: Legal Response to Covid-19, op cit., n. 41 ss.

A estratégia do STF, como reconhecido pela literatura, no entanto, não revela a ocorrência de uma ruptura com a jurisprudência pretérita na interpretação das diretrizes constitucionais em geral, aqui com destaque para a separação de poderes e o sistema de repartição de competências, e sobre a judicialização da saúde em particular, muito embora, no contexto da pandemia, tais questões estejam, como já ressaltado, em maior ou menor medida imbricados.

Em um primeiro momento, o que se vê é a latência inevitável de conflitos federativos e que leva os entes federados a disputarem e discutirem soluções na via judicial. Em segundo lugar, é possível perceber nitidamente o contexto da polarização social e política vigente, encabeçada pelo atual Presidente da República, o que potencializa tais conflitos e pode ter tornado a atuação mais intensa do STF inevitável. Além disso, a especificidade das diretrizes pode revelar tanto a falha da cooperação entre os entes, como o exercício dessa função fora do ambiente institucional apropriado. A dúvida que remanesce é no sentido de se essa atuação de fato estimula a cooperação entre União, estados e municípios, seus poderes e órgãos, ou se a tendência é a de ter um Poder Judiciário, que, ao ser provocado, se coloca acima deles e não apenas resolve a disputa, como diz especificamente o que se espera das atuações dos poderes Legislativo e/ou Executivo, bem como dos entes federativos[34].

(iii) Ao examinar a constitucionalidade de medida provisória que limita a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia aos erros grosseiros, o STF qualificou os atos administrativos que dão lugar a violações do direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou a impactos adversos sobre a economia como erros grosseiros e determinou que se requeira opiniões que atendam aos critérios técnicos e científicos de reconhecidas instituições nacionais e internacionais e os princípios da prevenção e da precaução[35]*.*

[34] Cf. por exemplo, no resumo de casos acima, o STF ao se adiantar e assinalar que se o ente federado fechar fronteiras extrapolará suas competências; Cf. também BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics, op cit., ao referir que no STF já se pronunciava na imprensa a necessidade de judicializar o tema das vacinas.

[35] Acórdão do STF; ADI 6421 Medida Cautelar (MC). 21.05.2020, *Case Law Compilation Covid-19*. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/afpzmmtf>. Acesso em: 24.03.2021, pp. 29-31.

Uma análise de tais decisões revela que a qualificação levada a efeito pelo STF e as respectivas exigências postas relativamente aos erros grosseiros, soam razoáveis, mas, de outra parte, dada a generalidade das prescrições da Suprema Corte, acaba implicando, em certa medida, uma invasão da liberdade de conformação legislativa, provocando, ademais, uma ampliação do espaço de culpabilidade e responsabilização, pois em tempos de pandemia, qualquer erro pode ser reconduzido à vida, saúde, ambiente e economia, de tal sorte que se o agente público não tiver violado as exigências da prevenção, poderá ter desatendido às da precaução.

Outro ponto a ser destacado, ainda nesse contexto, é que a avaliação de atos/omissões dos demais poderes pelo Poder Judiciário, fica dependente de suas repercussões políticas e da conformação de suas maiorias. Aqui é importante retomar as reflexões dos tópicos anteriores, em especial com relação aos problemas históricos com relação à corrupção, ao clientelismo, à má-gestão, à falta de transparência, entre outros. Igualmente relevante, a estratégia de confrontação, de polarização e de omissão adotada pelo Presidente da República brasileiro. Todos esses elementos devem ser levados em conta na reflexão sobre a questão posta acima e decidida pelo STF. Todavia, permanece salutar questionar se tal tipo de decisão representará um passo para o estímulo da cooperação e/ou denuncia um Poder um Judiciário que substitui a insubstituível cooperação entre as demais instâncias federadas.

(iv) No que diz respeito aos limites à liberdade religiosa, o STF considerou constitucional a interdição de cultos, missas e demais atividades religiosas presenciais coletivas por estado da federação, tendo em vista a contenção da pandemia, a existência de maior risco e a presença de análise técnica[36].

Ainda que não se possa aprofundar o tópico, deve-se ressaltar que a dimensão sem precedentes (pelo menos desde a gripe espanhola) da pandemia da Covid-19, colocou em evidência aspectos centrais relativos às relações entre o direito à saúde e a liberdade religiosa. Especialmente instigante seria investigar as religiões em sua função como instância da sociedade civil, o papel que podem exercer no auxílio do combate à pandemia e de suas consequências sociais e

[36] Acórdão do STF; ADPF 811 São Paulo, 08.04.2021, DJE 123, 24.06.2021.

econômicas, ademais da função que a religião e as suas instituições desempenham (ou poderiam exercer) para a resiliência das famílias e dos indivíduos. Por outro lado, e é isso que em parte se verificou no Brasil, a defesa da liberdade religiosa, designadamente naquilo que assegura a livre frequência a igrejas e locais de culto, que envolvem a reunião de pessoas, por vezes tinha como objetivo principal a preservação de ingressos financeiros para manutenção das instituições e seus agentes, visto que, do ponto de vista técnico, viável – dadas as circunstâncias – a realização de atividades à distância. Da mesma forma, perceptível a diferença de posicionamento adotado pelas diversas correntes religiosas relativamente ao modo de enfrentar a pandemia e, em especial, quanto à adoção das correspondentes medidas de prevenção e segurança. De qualquer sorte, cuida-se de questões carentes de melhor análise e reflexão.[37]

(v) No respeitante às vacinas, insumos e estruturas para o atendimento de saúde, as decisões do STF abriram perspectivas para investigar a moderação de conflitos federativos.

Em termos de judicialização da política, investigação mais antiga, mas ainda atual quanto aos seus achados centrais, apontou para o uso das ações diretas de inconstitucionalidade, ou seja, do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, como instrumento indispensável[38] para a governabilidade no Brasil, a transformar o Supremo em uma espécie de conselho de estado. Nesse contexto, também se constatou a atuação constante para a correção das relações federativas, mas, à época, tendencialmente favorável à União[39]. Com a pandemia, contudo, a exemplo do que já se podia registrar em relação à proteção ambiental, o padrão de respostas do STF, especialmente no concernente às medidas de combate à COVID-19, sofreu ajustes significativos, dando ênfase à descentralização e ao assim chamado federalismo cooperativo, o que, por sua vez, não significa que com

[37] Nesse campo, por exemplo o artigo de NETO, Jayme Weingartner. *A tensão em rede: religião e democracia na crise sanitária*, 2021, no prelo.
[38] Indispensável no sentido de já constituir, na prática, uma etapa regular do processo de construção das políticas públicas, no sentido de que tanto as maiorias como as minorias político-partidárias já contem com a judicialização como parte do processo de realização ou de proteção de suas pautas, melhor dito, dos seus projetos.
[39] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, vol. 19, nº. 2, 2007, pp. 39-85.

isso, por força das decisões da Corte Suprema, tenham sido superados os substanciais déficits de cooperação entre os entes da Federação.

Nesse contexto, assumem relevo as disputas levadas ao STF relativas à vacinação, chamando a atenção a aparente inversão (ou aproximação) de argumentos por parte da Corte, ao reforçar a compulsoriedade da vacinação, ao mesmo tempo em que aponta para a descentralização do poder no âmbito da Federação, empoderando estados e municípios, ademais de reforçar sua imagem como instituição que decide apoiada na ciência.[40]

Nesse sentido, seguem, em caráter ilustrativo, algumas diretrizes estabelecidas pelo STF nas suas decisões sobre o tema, destacando-se:

(a) O entendimento de que pais veganos não podem recusar vacinação compulsória de filho menor, tendo em vista que a sociedade e a saúde dos filhos seriam afetadas gravemente, havendo também a possibilidade, como exceção, de proteger as pessoas contra a sua vontade[41].

> *1. Tal obrigatoriedade, contudo, não dispensa o consentimento do indivíduo e somente poderia ser concretizada indiretamente, por restrições previstas ou decorrentes de lei, como é o caso do impedimento de certas atividades ou de visita a certos lugares*[42].
>
> *2. Evidência científica, ampla informação, respeito à dignidade humana e direitos fundamentais do indivíduo, critérios de razoabilidade e proporcionalidade, distribuição universal e gratuita das vacinas e insumos estão entre os pré-requisitos estabelecidos pelo STF para que os entes federativos possam concretizar as medidas*[43].

(b) Os demais entes federados foram autorizados a importar e distribuir vacinas aprovadas por algumas autoridades estrangeiras caso a União não cumpra o plano de imunização e a ANVISA não se pronuncie em 72 horas[44].

---

[40] Cf. BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics, op cit., p. 157.
[41] Acórdão do STF; Agravo no Recurso Extraordinário (ARE) 1267879 São Paulo, 16 e 17.12.2020, Informativo 1003, 29.01.2021, p. 17-19.
[42] Acórdão do STF; ADI 6586 DF e ADI 6587 DF, 17.12.2020, DJE 63, 06.04.2021.
[43] Id.
[44] Cf. Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na Ação Civil Originária (ACO) 3.451 DF, 24.02.2021, DJE 45, 09.03.2021; Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ADPF 770 DF,

(c) Em cenário de lentidão e escassez na vacinação e frente a um planejamento muito genérico, foi determinado que o Governo Federal especificasse os grupos, os subgrupos, as ordens de precedência nas fases da imunização e obediência a critérios técnico-científicos[45].

O contexto internacional de escassez e de disputa por insumos, materiais e produtos para a saúde durante a pandemia, intensificou conflitos federativos no sistema de saúde brasileiro, que chegou inclusive a envolver não apenas a União, estados e municípios, mas também alcançou os hospitais filantrópicos e os hospitais privados. Surgiu inclusive a ideia da necessidade de um aval do Ministério da Saúde para que os demais entes federados pudessem requisitar bens privados em situações de emergências[46]. O tema foi discutido no STF, que se posicionou contrariamente a esta pretensão. A competência da União para o planejamento e promoção de medidas contra calamidades públicas, prevista no artigo 21, XVIII, da CF, quando lida à luz do disposto no artigo 198, CF, que trata da saúde, implica que à União cabe o papel de coordenação, o que, todavia, não significa que os demais entes federativos tenham de pedir o aval da União para realizar requisições, o que, caso fosse exigido, inclusive poderia impedir uma reação rápida dos estados e municípios em situações de crise[47].

Com referência a medidas mais concretas de requisição, há uma série de exemplos[48]. No início da pandemia houve município que requisitou hospital privado

---

24.02.2021, DJE 45, 09.03.2021. O STF autoriza estados a importarem vacina ainda não aprovada, caso a ANVISA não se pronuncie no prazo legal de 30 dias: Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na ACO 3.477 DF, Relator: Ricardo Lewandowski, 26.04.2021, DJE 78, 26.04.2021. No mesmo sentido: Tutela Provisória na ACO 3.497 DF, 19.04.2021, DJE 75, 20.04.2021; Tutela Provisória na ACO 3.500 DF, 22.04.2021, DJE 77, 23.04.2021; Tutela Provisória na ACO 3.505 DF, 22.04.2021, DJE 77, 23.04.2021; Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ACO 3451 DF,03.05.2021, DJE 111, 09.06.2021.

[45] Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 754 DF, 01.03.2021, DJE 46, 10.03.2021.

[46] FIUZA, Eduardo P. S.; et al. *Revisão do Arranjo das Compras Públicas para um Contexto de Crise*. Nota Técnica 68. Diset. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), junho de 2020.

[47] Acórdão do STF; ADI 6362 DF, 02.09.2020, DJE 288, 07.12.2020.

[48] Cf. apenas para mencionar: Decisão Monocrática no STF; Tutela Provisória na ACO 3.385 Maranhão (MA), Relator: Celso de Mello, 20.04.2020, DJE 99, 23.04.2020; Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ACO 3.393 Mato Grosso (MT), 12 a 19.06.2020, DJE 172, 07.07.2020; Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na ACO 3.398 Rondônia (RO), Relator: Roberto Barroso, 19.06.2020, DJE 157, 23.06.2020; Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na Suspensão de Segurança (SS) 5.382 Piauí (PI), Ministro Presidente: Dias Toffoli, 21.05.2020, DJE 128, 22.05.2020; Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ACO 3463 São Paulo, 08.03.2021, DJE 51, 16.03.2021.

que estava desativado. A medida foi suspensa nas instâncias ordinárias por ter sido considera desproporcional, mas o STF reverteu tal orientação, decidindo que a medida atendeu ao dever de precaução[49]. Outra situação conflitiva se verifica quando a União requisita bens potencialmente adquiridos pelos demais entes. Isso ocorreu com ventiladores mecânicos adquiridos por estado da federação para equipar UTIs e igualmente com insumos comprados pelo estado de São Paulo para a produção de vacinas. Situações nas quais a Corte tem protegido as aquisições[50].

3.2. Superação de Espaços de Omissão

No contexto da pandemia, o STF também foi confrontado com a necessidade de se pronunciar relativamente a omissões por parte da União e mesmo dos demais entes federativos, de modo a assegurar a sua correção, o que se deu em um número significativo de casos, dentre os quais, destaca-se a falta de leitos hospitalares, unidades de terapia intensiva, insumos e medicamentos.

No que diz respeito aos hospitais de campanha, ou seja, à sua falta, esses se tornaram um grande problema já no início da pandemia, com o aceleramento dos casos e o aumento das necessidades em termos de internação hospitalar, inclusive devido à rápida desmobilização das estruturas. Em cenário de nova proliferação da pandemia no território brasileiro, de crise no sistema de saúde e de aumento das mortes, os estados buscaram o pronunciamento do STF, tendo em vista a falta de manifestação da União sobre a habilitação de novos leitos de UTI e a desabilitação de leitos custeados com recursos federais para o tratamento dos infectados pela Covid-19. Nesse caso, a União foi obrigada a avaliar os pedidos e a reativar leitos com apoio técnico e financeiro[51].

No primeiro trimestre de 2021 tomou forma uma crise de dimensão sem precedentes na cidade de Manaus, que foi marcada sobretudo pela falta de oxigênio

[49] Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar (MC) na Suspensão de Tutela Provisória (STP) 393 Minas Gerais, Ministro Presidente: Dias Toffoli, 22.06.2020, DJE 157, 23.06.2020. No mesmo sentido, com relação a bens de hospital privado que não operava suas UTIs: Decisão Monocrática no STF; STP 192 São Paulo, Ministro Presidente: Dias Toffoli, 22.06.2020, DJE 161, 25.06.2020.
[50] ACO 3.385, op cit.; ACO 3463 São Paulo, op cit.
[51] Acórdão do STF; Referendo na Medida Cautelar na ACO 3473 DF, 08.04.2021, DJE 98, 21.05.2021.

para os pacientes internados e intubados. Foi determinado que a União prestasse auxílio com relação ao oxigênio e outros insumos e apresentasse plano detalhado de ação em 48 horas, a ser atualizado a cada 48 horas[52]. Posteriormente também se enfrentou o risco de falta de insumos para os pacientes entubados. A União foi obrigada a apresentar plano informando os estoques dos medicamentos para intubação, a forma e a frequência do controle, cronograma de aquisição, recursos financeiros para aquisição e distribuição, critérios de distribuição e forma de publicidade[53].

Efeitos mais intensos da pandemia têm sido documentados com relação a grupos considerados vulneráveis[54]. Nesse contexto, o STF determinou que a União elaborasse e monitorasse um plano de enfrentamento da Covid-19 para os povos indígenas, com a participação da população indígena e de outras instituições[55]. Há também pronunciamento pela suspensão de ordens de reintegração de posse contra esses segmentos da população na pendência da pandemia[56]. O mesmo se deu com as comunidades quilombolas, tendo sido, ainda, determinada a inclusão do quesito raça/cor/etnia no registro de casos[57].

Já a situação do sistema prisional, levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a elaborar a Recomendação 62, que orienta, dentre outras ações, a adoção de

---

[52] Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 756 DF, 22.03.2021, DJE 60, 29.03.2021.

[53] Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória na ACO 3.490 DF, 14.06.2021, DJE 122, 23.06.2021.

[54] Cf. por exemplo: PIRES, Roberto Rocha C. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19: Propostas para o Aperfeiçoamento da Ação Pública*. Nota Técnica 33. Diest. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), abril de 2020; SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Valéria Rezende de. *Proteção de Crianças e Adolescentes no Contexto da Pandemia da COVID-19: Consequências e Medidas Necessárias para o Enfrentamento*. Nota Técnica 70. Disoc. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), maio de 2020.

[55] Acórdão do STF. Referendo na Medida Cautelar na ADPF 709 DF, 05.08.2020, DJE 244, 06.10.2020. Mais recentemente foi deferida tutela provisória para a adoção de medidas, por parte da União, para a proteção dos indígenas frente a invasores, inclusive com desdobramentos no direito à saúde e combate à pandemia. Acórdão do STF; Referendo em Tutela Provisória Incidental na ADPF 709 DF, 21.06.2021, DJE 170, 25.08.2021.

[56] Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na Reclamação 43.907 Rio de Janeiro, Relatora: Rosa Weber, 07.10.2020, DJE 247, 09.10.2020.

[57] Acórdão do STF; Medida Cautelar na ADPF 742 DF, 24.02.2021, DJE 80, 28.04.2021. Há também decisão que manteve medidas de estado da federação em prol da manutenção da moradia de todas as pessoas que comprovem absoluta necessidade: Cf. Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na Reclamação 45.319 Rio de Janeiro, Relator: Ricardo Lewandowski, 23.12.2020, DJE 2, 08.01.2021.

medidas que diminuam o risco de contágio como a realização de audiências por vídeo conferência, a saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, conceção de prisão domiciliar dos presos em regime aberto e semiaberto[58]. Frente a isso e aos riscos da pandemia, o STF vem decidindo individualmente a pedidos de prisão domiciliar e de revogação de prisões de caráter cautelar. Nesse sentido, em decisão provisória foram estabelecidos critérios para a concessão e para a recusa de medidas como progressão antecipada de regime, prisão domiciliar e liberdade provisória a detentos no contexto da pandemia[59].

Se por um lado, com relação aos indígenas a atuação do STF é vista como histórica e positiva no reconhecimento de direitos; por outro, os cuidados e cautela com relação à soltura de presos é vista em conformidade com uma retórica predatória[60]. Esse contraste é explicado, em tese, no uso de uma justiça seletiva, na descrição do STF como um ator que escolhe suas batalhas e tem cautela nas causas impopulares[61]. É perceptível que, em diversos momentos a Administração Federal é obrigada, pelo STF, a agir. Nesse sentido, os indicativos são de que as omissões são parte da postura de confrontação adotada pelo comando da Administração Federal, com relação às medidas de combate à pandemia, à determinados ministros que estiveram à frente do Ministério da Saúde e aos demais entes federados[62].

Como se pode aferir, mediante os exemplos referidos, as omissões do Poder Executivo Federal ficam evidentes nos mais diversos âmbitos: na questão dos leitos de UTI, com relação a falta de insumos e oxigênio, com relação à segmentos mais vulneráveis da população (como é o caso dos indígenas e dos quilombolas), entre

[58] Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação 62, de 17.03.2020.
[59] Acórdão da Segunda Turma do STF; Referendo na Medida Cautelar no Habeas Corpus (HC) 188.820 DF, 24.02.2021, DJE 56, 23.03.2021. Há também uma série de julgamentos de medidas específicas, que remetem a um exame caso a caso: Acórdão da Segunda Turma do STF; Agravo Regimental na Ação Penal (AP) 996, 08.06.2020, DJE 238, 28.09.2020. Decisão Monocrática no STF; Extradição 1.601 DF, Relator: Gilmar Mendes, 18.06.2020, DJE 157, 23.06.2020. Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar no HC 182.596 Espírito Santo (ES), Relator: Gilmar Mendes, 23.03.2020, DJE 72, 25.03.2020; Decisão Monocrática no STF; Agravo Regimental na Reclamação 41.199 São Paulo, Relatora: Cármen Lúcia, 10.07.2020, DJE 192, 31.07.2020; Decisão Monocrática no STF; Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória (STP) 648 Goiás, Ministro Presidente: Luiz Fux, 21.09.2020, DJE 234, 22.09.2020.
[60] Antes de irrestrita concordância, o que se vê aqui é a necessidade de aprofundar a investigação do tema.
[61] BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics, op cit., p. 155.
[62] A descrição feita por FERRAZ, Octávio Luiz Motta; et. al. Brazil: Legal Response to Covid-19, op cit., demonstrando a grande descentralização, variação e em muitos casos o vácuo, a falta de coordenação nas medidas de enfrentamento da pandemia traz indicativos nesse sentido.

outros. Nesse sentido, se por um lado não se pode subestimar a importância da atuação do STF nesses casos, por outro, também há que reconhecer o forte poder de supervisão e controle que a Corte tem exercido na execução de tarefas pelo Poder Executivo Federal. A perspectiva, levantada na literatura, da Suprema Corte como sendo um ator que escolhe suas batalhas e assim pratica uma justiça seletiva[63], traz igualmente a possibilidade de que algumas omissões estejam também replicadas no âmbito judicial. A resposta dada à crise gerada pela pandemia no sistema prisional, seria um exemplo de contexto em que tal questionamento poderia ocorrer.

Considerações Finais

A síntese dos principais temas em discussão no STF aponta para um reforço da dimensão transindividual do direito à saúde, sem deixar de assegurar situações individuais, mas com uma clara tendência à priorização da dimensão coletiva.

Também é perceptível o esforço por assegurar, mediante intepretação do sistema de repartição constitucional de competências, tanto a prerrogativa da União de estabelecer critérios gerais e assumir a coordenação geral no que diz com as políticas e medidas em geral de combate à pandemia, quanto garantir que estados e municípios não fiquem imobilizados, seja no caso de paralisia da União, seja no sentido da complementação, formatação compatível com as peculiaridades regionais e locais. Um marco federativo que assegura a proteção integral num esquema de federalismo do tipo cooperativo e que opera num regime de solidariedade dos entes da federação, mas temperado pela subsidiariedade. Em suma, afinado com o marco jurídico constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS).

A maior deferência a critérios científicos, evidências e estatísticas aparece como uma tendência, inclusive no manejo do princípio da proporcionalidade. Também ocorreu um incremento de ações do tipo estruturante, o que indica um caminho viável para o diálogo institucional e para o equilíbrio entre os poderes. Além disso, destaca-se uma tendência de fortalecimento da proteção de grupos vulneráveis frente à pandemia.

[63]BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics, op cit., p. 155.

Em suma, a judicialização excessiva não deixa de ser um reflexo das disfunções do sistema de saúde, da crise econômica, e da má-governança, mas, ao mesmo tempo, tem sido um laboratório permanente, e, a despeito da persistência de uma série de problemas, também tem sido arena de avanços, de permanente reconstrução e de aperfeiçoamento.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Jeferson Ferreira. *Direito à Saúde e Solidariedade na Constituição Brasileira.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BIEHL, João; et al. Judicialisation and the Right to Health in Brazil. *The Lancet*, vol. 373, nº 9682, 2009, pp. 2182-2184.

BIEHL, João; PRATES, Lucas E.; AMON, Joseph J. Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of COVID-19 in Brazil. *Health and Human Rights Journal*, vol. 23, nº 1, 2021, pp. 151-162.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Social Rights, Judicial Remedies and the Poor. *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 18, nº 3, 2019, pp. 569-579.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta Ferraz; et. al. Brazil: Legal Response to Covid-19. In KING, Jeff; FERRAZ, Octávio (Eds.). *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*. Oxford: Oxford University Press, 2021. Disponível em: <10.1093/law-occ19/e16.013.16>. Acesso em: 05.07.2021.

FIUZA, Eduardo P. S.; et al. *Revisão do Arranjo das Compras Públicas para um Contexto de Crise*. Nota Técnica 68. Diset. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), junho de 2020.

MORAES, Rodrigo Fracalossi de; SILVA, Lara Lívia S.; TOSCANO, Cristiana M. *Covid-19 e Medidas de Distanciamento Social no Brasil*: Análise Comparativa dos Planos Estaduais de Flexibilização. Nota Técnica 25. Dinte. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Agosto de 2020.

NETO, Jayme Weingartner. *A tensão em rede: religião e democracia na crise sanitária*, 2021, no prelo.

PEREIRA, Ana Karine; OLIVEIRA, Marília Silva; SAMPAIO, Thiago da Silva. Heterogeneidades das políticas estaduais de distanciamento social diante da COVID-19: aspectos políticos e técnico-administrativos. *Rev. Adm. Pública*, vol. 54, nº 4, 2020, pp. 678-696.

PIRES, Roberto Rocha C. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19*. Nota Técnica 33. Diest. Ipea. Abril de 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s8myfua>. Acesso em: 06.05.2021.

PIRES, Roberto Rocha C. *Os Efeitos sobre Grupos Sociais e Territórios Vulnerabilizados das Medidas de Enfrentamento à Crise Sanitária da COVID-19: Propostas para o Aperfeiçoamento da Ação Pública*. Nota Técnica 33. Diest. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), abril de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Relações Interfederativas no Contexto da COVID-19. In SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Toledo (Orgs.). *Competências e Regras.* Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2021, pp. 12-34. Coleção Covid-19, vol. 3.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Health as an enforceable positive right: the Brazilian Supreme Federal Court's case law on the access to medicines*. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 102, 2019, pp. 117-134.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Valéria Rezende de. *Proteção de Crianças e Adolescentes no Contexto da Pandemia da COVID-19: Consequências e Medidas Necessárias para o Enfrentamento*. Nota Técnica 70. Disoc. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), maio de 2020.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Entre justiça e gestão: colaboração interinstitucional na judicialização da saúde. *Brazilian Journal of Public Administration*, vol. 55, nº 4, 2021, pp. 923-949.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, vol. 19, nº. 2, 2007, pp. 39-85.

WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 7, nº 2, 2021, pp. 849-869.

3. A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DA CORTE IDH ACERCA DO DIREITO DE IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO EM FACE DA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE[1] E SUA RELAÇÃO COM A NOÇÃO DE PRÉ E DE PÓS-COMPREENSÃO

THE EVOLUTIONARY INTERPRETATION OF THE RIGHT TO EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION REGARDING VULNERABILITY BY the INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS and its relation with PRE AND POST-UNDERSTANDING

https://doi.org/10.36592/9786581110642-03

Mônia Clarissa Hennig Leal[2]

Resumo

A abertura que caracteriza os direitos humanos e fundamentais, de natureza notadamente principiológica, pressupõe uma atividade hermenêutica diferenciada, sendo que essa abertura vem associada à compreensão de que os aspectos substanciais que os identificam precisam estar em permanente evolução, em estreita conexão com a realidade concreta na qual estão inseridos, também em constante transformação. O objetivo do presente artigo consiste em analisar a interpretação evolutiva realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do direito

[1] Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "Fórmulas de aferição da "margem de apreciação do legislador" (*Beurteiligungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", financiado pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2017), e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Edital Universal – Processo 403533/2018-0 e Bolsa de Produtividade em Pesquisa Pq – Processo 306417/2018-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais", financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

[2] Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Coordenadora do "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana". Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul – FAPERGS (2014-2019). moniah@unisc.br.

de igualdade, associada à noção de vulnerabilidade. Para tanto, estudar-se-ão, num primeiro momento, as transformações que se operam na interpretação a partir da viragem hermenêutica baseada em Heidegger e Gadamer (notadamente no que concerne ao papel da pré-compreensão neste processo), para, num segundo momento, tentar-se estabelecer uma relação de complementariedade com a ideia de pós-compreensão desenvolvida por Peter Häberle. Nessa linha, com base nos fundamentos estabelecidos, no terceiro tópico, analisa-se a interpretação evolutiva realizada pela Corte IDH em relação à proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade, com vistas à garantia do direito de igualdade e de não-discriminação, desenvolvida em estreita conexão com a realidade da região, evidenciando, assim, um forte caráter hermenêutico identificado com a noção de pré e de pós-compreensão.
Palavras-chave: interpretação evolutiva; Corte Interamericana de Direitos Humanos; direito de igualdade e não-discriminação; grupos em situação de vulnerabilidade; pré e pós-compreensão.

Abstract

The indetermination that characterizes human and fundamental rights, identified as principles, presupposes a differentiated hermeneutic activity, related to the understanding that the substantial aspects that characterize them need to be in permanent evolution, in close connection with the reality in which they are inserted, also in constant transformation. The purpose of this article is to analyze the evolutionary interpretation carried out by the Inter-American Court of Human Rights regarding the right to equality, associated with the notion of vulnerability. Therefore, the transformations that operate in interpretation from the hermeneutic turn based on Heidegger and Gadamer (notably with regard to the role of pre-understanding in this process) will be studied; in a second moment, the text tries to establish a relation of complementarity with the idea of post-understanding developed by Peter Häberle. In this line, the third topic analyzes the evolutionary interpretation carried out by the Inter-American Court of Human Rights regarding the protection of vulnerable groups, and their right to equality and non-discrimination, developed in close connection with the reality of the region, thus evidencing a strong hermeneutic character identified with the notion of pre- and post-understanding.
Keywords: evolutionary interpretation; Inter American Court of Human Rights; right to equality and non-discrimination; vulnerable groups; pre- and post-understanding.

1 Introdução

A abertura que caracteriza os direitos humanos e fundamentais, de natureza notadamente principiológica, pressupõe uma atividade hermenêutica diferenciada, sendo que essa abertura vem associada à compreensão de que os aspectos substanciais que os identificam precisam estar em permanente evolução, em estreita

conexão com a realidade concreta na qual estão inseridos, também em constante transformação.

Para dar conta de alguns aspectos teóricos que perpassam essa questão, pretende-se abordar algumas questões consideradas centrais a esta discussão, que tem no elemento temporal e sua relação com a interpretação o seu foco. Assim, analisar-se-ão, num primeiro momento, as transformações que se operam na interpretação a partir da viragem da filosofia hermenêutica de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer (notadamente no que concerne ao papel da pré-compreensão neste processo), para, num segundo momento, tentar-se estabelecer relação de complementariedade com a ideia de pós-compreensão desenvolvida por Peter Häberle, ao sustentar a concepção de Constituição como um produto cultural, aqui compreendida como fundamento para o fenômeno da mutação constitucional, que pode ser aplicado, também, à Convenção Americana de Direitos Humanos. Nessa linha, com base nos fundamentos estabelecidos, no terceiro tópico, analisa-se a interpretação evolutiva realizada pela Corte IDH em relação à proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade, com vistas à garantia do direito de igualdade e de não-discriminação, em estreita conexão com a realidade própria da região.

2 O tempo, a "condição de ser no mundo" (Dasein) e a interpretação: fundamentos para as noções de pré e de pós-compreensão

Dentro dos fundamentos postos pela denominada filosofia hermenêutica, um papel de destaque reside na figura da compreensão, que deixa de ser percebida como um simples *intelligere* teórico, como compreensão de um contexto sensitivo, para localizar-se no *Dasein*, no ser-no-mundo.[3]

Tal entendimento volta-se, por sua vez, contra a concepção, vigente desde Schleiermacher e Dilthey, de que a hermenêutica deveria fornecer uma doutrina metódica da compreensão, em vista de uma fundamentação metodológica das

[3] "Existencia o *Dasein* significa ser-en-el-mundo, estar-en-el-mundo, *in-der-Welt-sein*. (...) La comprensión es transcender; transcender es ser-en-el-mundo." HEIDEGGER, Martín. *Introducción a la Filosofía.* Traducción de Juan Ignacio Luca de Tena. Madrid: Cátedra, 1999. p. 317.

ciências do espírito.[4]

Nesta perspectiva, compreender é, antes e acima de tudo, um existencial, e não uma técnica: para Heidegger, o compreender só é possível na medida em que o homem é um ser-no-mundo. Mas, enquanto alguém que está inserido e também descreve este mundo, ele apenas descreve as condições de possibilidade ou do conhecimento desses objetos.[5] Significa dizer que "a compreensão (ou o entender) de algo significa menos um "modo de conhecimento" e mais um "situar-se" (*sich auskennen*) no mundo.[6]

A compreensão somente é possível, portanto, nesse contexto, se considerada a partir do existencial humano, de sua historicidade e faticidade, sendo que o mundo somente se torna possível a partir da linguagem, que se afigura como sua condição de possibilidade.[7]

A partir desta perspectiva, também é possível asseverar que o acesso aos objetos se faz pela linguagem. Em outras palavras, os objetos somente existem enquanto algo – um *como* hermenêutico – e não como objetos em si mesmos, em sua essência – um *como* apofântico.[8]

Tem-se, aqui, diante dessa impossibilidade de acesso direto aos objetos, aquilo que Heidegger designa de *algo como algo* (*etwas als etwas*). Para o filósofo alemão, o acesso a algo nunca é direto e objetificante, sendo que ele se dá, sempre, por meio da mediação do significado e do sentido, não sendo possível o acesso aos objetos assim como eles são, tratando-se sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem (a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore). Isto é a mediação do singificado.[9]

---

[4] GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica.* Traducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 1993. p. 72. "Cuando Heidegger resucita el problema del ser bajo una forma que va más allá de toda metafísica tradicional, se asegura al mismo tiempo una posición radicalmente nueva frente a las aporías clásicas del historicismo: su concepto de comprensión tiene un peso *ontológico*."

[5] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 60.

[6] GRONDIN, *Introdução à hermenêutica filosófica.* Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. p. 161.

[7] Rompe-se, por conseguinte, com a idéia de existência de um mundo dado, objetivo, que possa ser descoberto e acessado pelo sujeito.

[8] STEIN, *op. cit.*, p. 36.

[9] STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 86.

O mundo significa, portanto, um *como*[10] do ser dos entes, por meio da linguagem, mais do que os entes mesmos. É neste contexto que a linguagem ganha destaque, pois ela aparece como constituidora do ser-no-mundo; a compreensão do mundo já é sempre determinada linguisticamente, por isso ela é condição de possibilidade de ser-no-mundo e, também, do compreender. Sem linguagem, não há mundo enquanto mundo.[11]

Este ser-no-mundo implica, por sua vez, que as coisas somente podem manifestar-se como coisas (*etwas als etwas*) na medida em que se inserem em significados de que o *Dasein* já dispõe, enquanto ser-no-mundo.[12] Nesta perspectiva, já estamos, todos, "jogados" no mundo quando compreendemos, ao que Heidegger denomina de *Geworfenheit*.[13]

Assim, a compreensão, que faz parte do modo de ser-no-mundo, se antecipa qualquer tipo de explicação; compreender é um existencial (faticidade, possibilidade), que se afigura como uma categoria por meio da qual o homem se constitui: "a história é condição prévia para que o ente seja um ser-no-mundo; não há contraposição entre sujeito e objeto, e sim uma fusão entre ambos a partir de sua historicidade."[14]

É por isso que o tempo não pode ser entendido, aqui, como um obstáculo, como uma dificuldade a ser superada – tal como concebia o historicismo. Como sustenta Gadamer, o tempo não é um abismo que deve ser vencido porque separa e afasta, mas é a base sobre a qual se radica a atual compreensão. Por isso, a distância temporal não é algo que se deve superar. Para ele, a suposição ingênua do

---

[10] "Deste modo, o que é denominado de ser dos entes sempre é relativo à compreensão do ser, relativa à projeção do ser pela compreensão. Ser é sempre relativo à compreensão de ser." REIS, Róbson Ramos dos. *A ontologia hermenêutica de* Ser e Tempo. In: _____, ROCHA, Ronai Pires da. *Filosofia Hermenêutica.* Santa Maria: Editora da UFSM, 2000. p. 143.

[11] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 194.

[12] "O mundo só se dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas." Idem. Ibidem. p. 190.

[13] "El alcance de una doctrina existencial como la de la *Geworfenheit* es precisamente mostrar que el estar-ahí que se proyecta hacia su 'saber-ser' futuro es un ser que desde ahora y ya *ha sido*, de modo que todos los comportamientos libres cara a cara de sí mismo tropiezan y se frenan a la vista con la facticidad de su ser." Cf. GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica.* Traducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 1993. p. 78.

[14] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 203.

historicismo foi exatamente a de acreditar que é possível transladar-se ao espírito da época, pensar com seus conceitos e representações e não com os próprios, forçando, desse modo, a objetividade histórica. Trata-se, portanto, na realidade, de se reconhecer a distância no tempo como uma possibilidade positiva e produtiva da compreensão.[15]

Isto porque é justamente esta distância[16] que permite eliminar os preconceitos de natureza específica e faz emergir aqueles outros que possibilitam uma verdadeira compreensão. Nesta trilha, significa dizer que um pensamento verdadeiramente histórico tem de refletir a sua própria historicidade.[17]

O "sujeito" de que se fala aqui é, por conseguinte, um sujeito histórico, enquanto o objeto é desvelado pela linguagem – que, por sua vez, é apreendida historicamente pelo "sujeito" e pressupõe, já sempre, um pré-juízo, uma pré-compreensão. Daí a afirmação de Heidegger de que "todo processo de compreensão do ser é limitado por uma história do ser que limita a compreensão."

Isto leva, por seu turno, à compreensão de que as coisas do mundo somente existem se compreendidas, interpretadas; as coisas e o mundo somente serão se forem interpretados como tais, isto é, o mundo não é composto por entes enquanto entes, mas pelo sentido dos entes.[18]

---

[15] GADAMER, Hans-Georg. *Sobre o círculo da compreensão.* Tradução de Custódio Luís S. de Almeida. In: ROHDEN, Luiz [*et al*]. *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 148.

[16] Ainda segundo Gadamer, a distância temporal pode resolver a verdadeira tarefa crítica da hermenêutica, qual seja, a de distinguir entre os preconceitos verdadeiros e os falsos. Por isso, a consciência formada hermeneuticamente deve trazer à luz os preconceitos que orientam a compreensão, para que aflore e se imponha a tradição como outra maneira de pensar: "desmascarar um preconceito implica, evidentemente, anular a sua validez, já que, enquanto um preconceito continua dominando-nos, não o conhecemos nem o repensamos como preconceito. Não será possível desvelar um preconceito enquanto ele agir continuamente por trás, sem que saibamos, mas somente quando ele for, por assim dizer, suscitado. E o que permite suscita-lo é o encontro com a tradição." Idem. Ibidem. p. 149. O autor refere, ainda, que reside exatamente neste ponto a ingenuidade do historicismo, que consiste em mascarar essa reflexão e, confiando na metodologia, esquecer sua própria historicidade.

[17] É o que Gadamer chama de *história efeitual*. Ver, para tanto, GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: Mohr, 1972. pp. 505 e ss.

[18] "El aprehender eso que llamamos mundo em lo que son sus rasgos esenciales, exige que pongamos el fenómeno del mundo en íntima conexión con la existencia misma y que pongamos a la vista esa constitución básica de la existencia que, anticipando las cosas, llamamos ser-en-el-mundo." HEIDEGGER, Martín. *Introducción a la Filosofía.* Traducción de Juan Ignacio Luca de Tena. Madrid: Cátedra, 1999. p. 328.

É a partir da noção de compreensão, portanto, que Heidegger entende a interpretação. Para ele, toda interpretação se funda na compreensão. Conforme Stein, é exatamente neste aspecto que reside o ponto crucial e diferencial da fenomenologia hermenêutica: a compreensão do ser não é a de um ser objetivo, objeto, mas uma compreensão da totalidade; isto é o que se opõe à noção tradicional de hermenêutica, que se resumia à compreensão do textos, tidos como objetos.[19] Com isso, a hermenêutica deixa de ser uma variante da teoria do conhecimento para transformar-se em uma explicitação das bases ontológicas sobre as quais as ciências se desenvolvem.[20]

Heidegger encontra, assim, um fundamento para o compreender que reside no próprio homem[21], pois o *Dasein*, enquanto ser-no-mundo, permite que se supere a antinomia do universal e do singular, sem que se caia no subjetivismo transcendental, nem no historicismo empirista.[22]

Esta "mediação" se dá, por sua vez, a partir do momento em que o "método" fenomenológico[23] não abandona completamente o *logos*, o discurso apofântico próprio da análise lógico-semântica, porém também não se contenta com ele, indo além, para buscar a singularidade própria do âmbito hermenêutico.[24]

---

[19] STEIN, *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 61.

[20] "El paso dado por Heidegger e Gadamer consiste en un cambio de perspectiva mediante el que la hermenéutica deja de ser lo que aún es en Dilthey: una variante de la teoría del conocimiento. (...) Por consiguiente, la hermenéutica no es una reflexión sobre las ciencias del espíritu sino una explicitación del suelo ontológico sobre el que estas ciencias pueden edificarse." AZÚA, Javier Bengoa Ruiz de. *De Heidegger a Habermas: hermenêutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea.* Barcelona: Herder, 1992. pp. 92-94 passim.

[21] Heidegger desenvolve, conforme Stein, uma hermenêutica no nível ontológico, porém não na concepção tradicional, mas sim no sentido de uma ontologia fenomenológica. "A palavra ontologia passa a tomar um outro sentido." Cf. STEIN, *op. cit.*, p. 57.

[22] Idem. *Seminário sobre a verdade: lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und Zeit.* Petrópolis: Vozes, 1993. p. 38.

[23] Ressalte-se, como vem tentando ser demonstrado ao longo de todo o trabalho, que não se trata, aqui, de um método em sentido estrito, que conduz à verdade, mas sim de um existencial: "Na tradição, a verdade sempre foi considerada propriedade da lógica. Essa propriedade da lógica excluía qualquer interpretação. (...) Enquanto a hermenêutica introduz a idéia de que não há proposição que seja feita no vácuo, mas que todas pressupõem uma determinada história, cultura, então toda a proposição, de certo modo, permite uma interpretação. Exige-se, portanto, uma interpretação. Onde há uma interpretação, necessariamente poderá haver divergências na interpretação. (...) Portanto, não haverá mais um método para conduzir a verdade." Idem. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 43.

[24] Heidegger sustenta a idéia de que é preciso diferenciar ser e ente, dizendo ser o primeiro, ao mesmo tempo, o mais compreensível, mas também a ocultação, pois a existencialidade do homem em sua quotidianeidade torna-se o ponto de partida (necessário) para a discussão do *ser*: "El ser se substrae sin más a todo intento de concibirlo desde el ente. Así, al decir que el ser se substrae sin más, estamos

A compreensão do ser, em Heidegger, nada mais é, portanto, do que a compreensão do sentido ou do sentido do ser, porém não como objeto[25], aspecto que conduz a uma característica fundamental do método fenomenológico-hermenêutico-existencial: a noção de circularidade, que permite superar a dualidade entre sujeito e objeto, integrando-os.

Esta circularidade consiste na correção sucessiva de ambos, sendo que quem pretende compreender um texto faz um projeto: antecipa um sentido do conjunto, uma vez que aparece um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido se manifesta, por sua vez, porque já lemos o texto com certas expectativas guiadas por um determinado sentido. A compreensão consiste na elaboração de tal projeto, sempre sujeito a uma revisão que resulte de um aprofundamento do sentido. Todo este constante redesenho, que constitui o movimento da compreensão, é o que Heidegger procura descrever.[26]

Isto não significa, contudo, que o texto não tenha nada a dizer, ou que tudo é possível: ao contrário, quem pretende compreender está disposto a deixar que o texto lhe diga algo. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve estar disposta a acolher a alteridade do texto[27], embora tal receptividade não suponha, todavia, uma neutralidade, mas sim uma apropriação seletiva das próprias opiniões e preconceitos. Isto porque, para Heidegger, a compreensão do texto está

---

diciendo ya con ello de nuevo algo sobre el ser mismo. Al ser mismo pertenece en propiedad esta esencia; a saber: substraerse a toda explicación desde el ente. *Substrayéndose* se retira de la determinabilidad, de la revelabilidad. Al hurtarse de la revelabilidad, él mismo se oculta. El *ocultarse* pertenece al ser mismo. Para reconocer esto tenemos que decir: *el ser mismo 'es' ocultación*." HEIDEGGER, Martín. *Conceptos fundamentales.* Traducción de Manuel E. Vázquez García. Madrid: Alianza Editorial, 1989. p. 97.

Para finalizar esta questão, em outra de suas obras refere: "a questão sobre a essencialização do Ser se abotoa e vincula à questão sobre quem é o homem. A determinação da essencialização do homem, que aqui carece, não é, entretanto, tarefa de uma antropologia flutuante no ar, que, no fundo, se representa o homem. Em sua perspectiva e em seu alcance a questão sobre o ser do homem é determinada *exclusivamente* pela questão do ser. Nela há de se conceber e fundamentar a essencialização do homem segundo a indicação oculta no princípio, como o *lugar*, de que carece o Ser para sua abertura." Daí dizer-se que o *Dasein* é o ente privilegiado que compreende o Ser. Idem. *Introdução à metafísica.* Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969. p. 226.

[25] Idem. Ibidem. p. 57.

[26] GADAMER, Hans-Georg. *Sobre o círculo da compreensão.* Tradução de Custódio Luís S. de Almeida. In: ROHDEN, Luiz [*et al*]. *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 144.

[27] Idem. Ibidem, loc. cit.

determinada, permanentemente, pelo movimento antecipatório da pré-compreensão.[28]

Assim, somos um modo de ser-no-mundo, e não apenas descrevemos as coisas que estão no mundo. Este estar-aí que determina a compreensão, no entanto, não é algo fechado – acabado – até mesmo porque a compreensão do ser se dá na temporalidade.

É possível falar-se, por conseguinte, em uma hermenêutica da faticidade[29], eis que o mundo é, neste sentido, aquilo de que nos cuidamos[30], a partir de nossa existencialidade, que é temporal[31] (*zeitlich*), pois a cada vez que cuidamos, que nos preocupamos com algo, temos uma nova compreensão.

Dito de outra forma, *tout court*, quem compreende o ser é o *Dasein*, que é o ser-no-mundo, que, por sua vez, é cuidado (*Sorge*); e o cuidado, por seu turno, é temporal (*zeitlich*). É no cuidado, por derradeiro, que o *Dasein* tem o seu horizonte de sentido: a temporalidade – no sentido de finitude – pois rompe com o sentido clássico da metafísica, onde os entes estão congelados, existem por si sós, imutáveis, independentemente da existencialidade do sujeito.

---

[28] Idem. Ibidem. p. 146.

[29] "*Facticidad* es el nombre que le damos al carácter de ser de 'nuestro' *existir* 'propio'. Más exactamente, la expresión significa: ese existir *en cada ocasión* en tanto que su carácter de ser existe o está '*aquí*' *por lo que toca a su ser.* Estar aquí *por lo que toca a su ser* no significa, en ningún caso de modo primario, ser *objeto* de la intuición y de la determinación intuitiva o de la mera adquisición y posesión de conocimientos, sino quiere decir que el existir está *aquí* para sí mismo en el cómo de su ser más propio. El cómo del ser despeja y delimita, concretándolo, el 'aquí' posible en cada ocasión. Ser – transitivo: ser el vivir fáctico. El ser mismo no será nunca objeto posible de un tener, puesto que lo que importa es él mismo, el *ser*. (...)Hay que entender que el fenómeno del *cuidado* es *un fenómeno fundamental del existir*. Un fenómeno que no se puede componer juntando elementos teóricos, prácticos y emocionales. Sólo partiendo de él es posible explicar cómo en el existir del cuidar mismo, tomado en su originariedad, antes de cualquier interpretación, el cuidado del mero ver y del mero preguntar se fundan en el ser de la existencia humana" Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenéutica de la facticidad.* Traducción de Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 25.

[30] "Ser-en-el-mundo no quiere decir: figurar entre otras cosas, sino que significa: cuidándose de lo en-torno de mundo que aparece, demorarse en él. El verdadero modo del propio ser en un mundo es el *cuidar*." Idem. Ibidem, p. 130.

[31] "Somos futuro, passado e presente, num único movimento. (...) Essa tríplice dimensão do cuidado, ligada à tríplice dimensão da estrutura da temporalidade, é que dará a Heidegger o conceito fundamental de finitude." STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 57.

3 A linguagem como condição para a interpretação e como fundamento para a mutação constitucional

Em razão do exposto, é possível afirmar que, em face da faticidade e da existencialidade do *Dasein* enquanto ser-no-mundo, um dos pontos centrais da obra de Heidegger e exatamente um dos aspectos fundamentais que operam a chamada "virada" da filosofia hermenêutica reside na questão da ruptura – ou melhor, da desconstrução [32] – da metafísica, caracterizada pela busca de um fundamento último, objetivo, justificador de todas as coisas.

Geralmente, a questão da hermenêutica é resolvida contra a hermenêutica, quando afirma a existência de uma verdade absoluta. Isto quer dizer, onde a verdade, como propriedade da proposição, não pode ser estabelecida empiricamente. Quando não é possível estabelecer-se empiricamente a verdade de uma proposição, utiliza-se a verdade absoluta. Neste sentido, a proposição é verdadeira porque existe um fundamento último. Essas sempre foram as duas alternativas da filosofia: ou há um fundamento empírico da verdade ou então um fundamento último da verdade. Se se tem um fundamento último, então algo é verdadeiro.[33]

É exatamente nesta questão que Heidegger tenta, por sua vez, avançar, ao colocar o conhecimento como algo que é dado pela compreensão, que não deriva, por conseguinte, de um método, mas sim faz parte de uma faticidade, própria do *Dasein*.

Daí Stein afirmar que, quando Heidegger critica a metafísica a partir do seu paradigma, quando ele a desconstrói, ele a acusa de ser fundamentalista, de querer um fundamento firme, objetificador, inconcusso. Heidegger diz, então, que o *Dasein* é "sem fundo"[34], na medida em que não é nem infinito, nem objetivo. O compreender,

[32] Quem chama atenção para o fato de que se trata mais de uma desconstrução do que de uma destruição é Stein, quando afirma que "em Heidegger não se pretende uma destruição da metafísica, no sentido de eliminação. *A destruição é uma desconstrução*." Cf. Idem. Ibidem. p. 50. Isto porque ela é realizada desde dentro da metafísica, superando-a, para o que são utilizados como ponto de partida autores como Kant, Descartes e Aristóteles.

[33] Nesta perspectiva é que Stein vai dizer que a metafísica promoveu um encobrimento e uma entificação do ser, assentada, por sua vez, na idéia de que é possível acessar o ente como ente, isto é, de que existe um fundamento último. Idem. Ibidem. p. 60.

[34] Idem. Ibidem. p. 59.

o conhecimento, é finito e a ideia de finitude reside, por sua vez, na existencialidade temporal que é própria do *Dasein*, na ausência de um fundamento último e imutável.[35]

Esta justificação metafísica, diferente e própria de cada período da história, em que sempre um princípio objetificado marca todos os fenômenos da época, é o que Heidegger denomina de *princípio epocal*. A partir desta perspectiva, não há conhecimento de objetos no mundo sem que se tenha uma relação significativa com o mundo que nos envolve.[36]

É a primeira vez, portanto, que se tenta, na história da filosofia, construir uma proposta que supere o modelo de relação sujeito-objeto no processo de justificação.

Assim, a metafísica é, basicamente o nome para um pensamento objetificador que não tem a percepção da diferença entre objeto e significado. Na leitura de Heidegger, a metafísica não reconhece ou olvida a questão da *diferença ontológica*, a diferença entre ser e ente[37], de modo que o que nos chega, portanto, não é a *coisa*, o *fato*, mas um *estado de coisas* que nos é mostrado, sendo que é o seu *significado*[38] que nos dá este estado de coisas.[39]

Neste contexto, tem-se, então, um papel central a ser desempenhado pela linguagem[40], pois é ela que passa a constituir a condição de possibilidade da própria compreensão (ela já não é mais vista, pois, como uma terceira coisa que se interpõe

---

[35] STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 63.

[36] Idem. Ibidem. p. 61.

[37] "Mas o ser, o que é o ser? (...) O ser é o mais próximo. E, contudo, a proximidade permanece, para o homem, a mais distante. O homem se atém primeiro já sempre apenas ao ente. Quando, porém, o pensar representa o ente enquanto ente, refere-se, certamente, ao ser." HEIDEGGER, Martin. *Sobre o 'humanismo': carta a Jean Beaufret, Paris.* In: *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução de Ernildo Stein. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 158.

[38] "Quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, *mas enquanto algo*. (...) Não termos o acesso pleno ao objeto a não ser via singificado, quer dizer que conhecemos *algo como algo*. Não conhecemos uma cadeira em sua plenitude como objeto na nossa frente, enquanto ela está aí, mas enquanto um objeto no qual podemos sentar, a cadeira enquanto cadeira." STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 19.

[39] Idem. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1997. p. 88.

[40] Trata-se, segundo Stein, de se dar conta de que "não podemos falar do mundo a não ser falando da linguagem. (...) Portanto todo o saber se dá através da linguagem. (...) Quando dizíamos que o ser humano só conhece através dos conceitos, só conhece através da linguagem, estávamos dizendo que o ser humano somente é racional porque seu acesso ao mundo se dá via sentido, via significado, via conceitos, via palavras, via linguagem." Idem. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996. pp. 14-16 *passim*.

entre o sujeito e o objeto), pois somente temos acesso aos objetos através do significado, não sendo possível identifica-los sem linguagem.

Como refere Streck, a linguagem nos precede, ela nos é anterior. A centralidade da linguagem, a sua importância enquanto condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo, "como" mundo, se o nomearmos, se lhe dermos sentido enquanto mundo. Não há mundo em si.[41]

Como consequência, tem-se que não há qualquer possibilidade de neutralidade na utilização da linguagem. O ser humano, desde sempre, fala a partir de uma história determinada, não existindo racionalidade em estado puro. O ser humano sempre está inserido em uma determinada cultura, em uma determinada história, dentro de um determinado contexto.[42]

O dar-se conta desta questão é o que configura, por seu turno, um dos principais elementos da viragem operada pela filosofia hermenêutica, que é a percepção acerca da (necessária) interpretação.

Nesse cenário é que ganha espaço, por sua vez, o elemento da interpretação, que é hermenêutica, é compreensão. [43] Ao mesmo tempo, este processo interpretativo deixa de ser meramente reprodutivo (*Auslegung*) para tornar-se produtivo (*Sinngebung*)[44], o que permite asseverar, com Stein, que a hermenêutica se assenta entre as duas concepções, quer dizer, ela não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta; ela é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem.[45]

---

[41] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. pp. 176-177.
[42] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 17.
[43] Idem. Ibidem. p. 18.
[44] Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 169. Neste sentido também vai a reflexão de Gadamer, quando diz que o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo. Compreender não é compreender melhor, nem de saber mais, no sentido objetivo, em virtude de conceitos mais claros, nem no da superioridade básica que o consciente possui com respeito ao inconsciente da produção. Bastaria dizer que *quando se logra compreender*, compreende-se de um modo *diferente*. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: Mohr, 1972. p. 444.
[45] "Estabelecer a racionalidade de uma verdade e de um discurso que não pode ser provado nem empiricamente, nem através de um fundamento último, essa é a tarefa da hermenêutica. É a tarefa que está embutida dentro da concepção de uma *hermenêutica filosófica*. Somos incapazes de, no universo hermenêutico, expor todos os pressupostos, ou, de certo modo, chegar ao elemento último." Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. pp. 44-46 *passim*.

Significa dizer que a verdade não pode mais ser concebida, ao contrário do que se tinha até então[46], como algo que vem determinado pelo ente mesmo, colado a ele de forma imutável e universal e que pode ser acessada pelo sujeito por meio do método. É preciso que se tenha claro, nesta perspectiva, que os sentidos não flutuam no ar, mas que eles pertencem ao *Dasein*, em sua condição de ser-no-mundo – fática, temporal, existencial.[47]

Assim, não se pode falar de uma verdade única, entificada, uma vez que o lugar e o tempo em que o intérprete toma contato com os objetos são distintos. Desta temporalidade e desta espacialidade resulta, por sua vez, a necessária percepção da finitude.[48]

Conclui-se, por derradeiro, que compreender não é um modo de "conhecer", mas sim um modo de "ser", pois a epistemologia é substituída pela ontologia da compreensão[49], em que "ser" é tempo e onde compreender significa interpretar.

Gadamer[50], por sua vez, avança nesta questão, concebendo compreensão, interpretação e aplicação como momentos únicos e indissociáveis, ao contrário da velha tradição hermenêutica, para quem a *subtilitas intelligendi*, a *subtilitas explicandi* e a *subtilitas applicandi* perfaziam três momentos isolados e sucessivos da compreensão.

---

[46] "A questão própria do pensamento para Hegel, tanto quanto para Husserl, foi a subjetividade, e esta levada a seu momento supremo: o método. Heidegger, procurando superar os dois, afirma como nova questão do pensamento a *Aletheia*. Com esta palavra compreende ele o sentido, a verdade, o desvelamento, o velamento, a clareira do ser, resumindo tudo na palavra-síntese: *Ereignis*." Idem. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 74.

[47] "Estamos en la pregunta por la esencia de la verdad. La verdad empezó dándosenos en su determinación general como des-ocultamiento del ente. (...) Pero de ello se sigue que presumiblemente la verdad de alguna manera vendrá determinada por el ente mismo. Ahora bien, sabemos que el ente es distinto conforme a sus diferentes formas de ser. Ello suscita la cuestión de si al cabo la verdad no se modificará también esencialmente conforme a la forma de ser de aquello de lo cual ella es el des-ocultamiento o desvelamiento (*Enthülltheit*). Se nos plantea así la tarea de empezar haciendo compresible en qué forma (o de qué forma) el ente es diverso respecto a su forma de ser para extraer de ahí cómo sobre la base de estas distintas formas de ser cambia también la verdad del ente." HEIDEGGER, Martín. *Introducción a la Filosofía.* Traducción de Juan Ignacio Luca de Tena. Madrid: Cátedra, 1999. p. 99.

[48] STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p. 37. Grifo nosso.

[49] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 177.

[50] "É a partir do elemento a compreensão que Heidegger estabelece todas as determinações que ele entende por interpretação e que ele entende por hermenêutica. Gadamer leva isso adiante e, na sua obra, tenta aplicar aquilo que Heidegger fez." Cf. STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996. p.46.

Aqui, em razão de toda a ruptura que se opera em face da metafísica e de sua verdade entificante universal, o problema da *applicatio* passa a estar diretamente vinculado ao problema da compreensão, pois nesta sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Neste contexto, a aplicação se afigura como sendo um momento do processo hermenêutico, tão essencial quanto a compreensão e a própria interpretação.[51]

Diante de tal acepção, é preciso considerar, pois, que, a cada vez que se quiser compreender uma lei ou a Constituição, por exemplo, a interpretação deve concretizá-la, em cada instante, isto é, em cada situação concreta, de uma maneira nova e distinta. Ou seja: compreender é aplicar.

Neste sentido, a aplicação supera a distância que separa o intérprete do texto, superando, também, a alienação[52] do sentido do texto, eis que, sem aplicação, esse sentido se apresenta vazio. Então, "compreender é um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular"[53], assertiva esta que ganha relevância se trazida para o âmbito jurídico, que se estrutura exatamente a partir de enunciados gerais que se destinam a situações particulares e concretas.

Ocorre que a dogmática jurídica tradicional olvida esta singularidade ao, em nome de uma (pretensa) segurança jurídica, impor uma lógica metodológica que visa à neutralidade, negligenciando a especificidade que reveste cada situação particular.[54] Assim,, é preciso ter-se em consideração que a lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque a realidade humana, em sua complexidade, não permite uma aplicação simples da mesma.[55] Tal constatação se torna ainda mais relevante no que concerne aos direitos humanos e fundamentais,

---

[51] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: Mohr, 1972. p. 460.

[52] Isto quer dizer que não existe um sentido da lei que possa ser conhecido num primeiro momento, para, depois, em face do caso concreto, se fazer incidir esse sentido e então extrair-se uma decisão. Daí a afirmação de Gadamer de que, quando compreendemos e interpretamos um texto, já sempre temos em vista uma situação concreta, que é a aplicação.

[53] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: Mohr, 1972. p. 465.

[54] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 74. Tal aspecto configura, ainda, uma das faces da crise de paradigma de dupla face analisada na obra citada.

[55] GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: Mohr, 1972. p. 474.

compreendidos como um produto cultural, valorativo e aberto, que pressupõem, para sua realização, uma atividade hermenêutica constante e concretizadora.

4 A pré e a pós-compreensão e sua relação com a interpretação evolutiva da Corte IDH em relação aos grupos em situação de vulnerabilidade

Nem só de pré-compreensão vive, contudo, a interpretação. Ao se conceber os direitos humanos e fundamentais como um produto cultural[56], principiológico e valorativo, que se transformam e evoluem de acordo com as mudanças que se operam na própria sociedade, surge o problema de se analisarem não só as implicações que a condição de ser-no-mundo (*Dasein*), de inspiração heideggeriana, traz para a atividade interpretativa de cunho concreto e criativo (numa acepção gadameriana), mas também aquilo que Peter Häberle denomina de pós-compreensão (*Nachverständnis*).

Conforme o autor alemão, a interpretação (seja da Constituição, seja dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e fundamentais) não pode se realizar somente por meio dos textos normativos, sendo preciso que se incluam, nela, as cristalizações culturais subjacentes a este texto, uma vez que estes aspectos condicionam a pré-compreensão dos intérpretes. Assim, toda e qualquer modificação ou alteração cultural influencia a interpretação, o que justifica, em última análise, a possibilidade de se interpretar, de forma diferente, no tempo e no espaço, o mesmo texto legal, inclusive de forma evolutiva.

Neste contexto, o Direito aparece, a um só tempo, como um produto e como uma causa cultural, situação em que as formas ulteriores de desenvolvimento dos direitos humanos e fundamentais dependem ainda com mais intensidade dessas cristalizações culturais. Daí a compreensão de que interpretar significa colocar o texto legal no tempo, isto é, colocá-lo na realidade concreta, a fim de que logre sua eficácia. Não existe, por conseguinte, interpretação desvinculada do tempo, do que resulta, por sua vez, um novo conceito de normatividade.

---

[56] Para tanto, busca-se aporte teórico na reflexão de Häberle acerca da Constituição como ciência da cultura. HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1982. pp. 43 *et seq.*

Tem-se, então, o que Häberle denomina de pós-compreensão [57] (*Nachverständnis*), identificada como sendo a pré-compreensão do futuro, como uma decorrência do tempo e do desenvolvimento normativo, razão em face da qual é possível afirmar que não existe "norma jurídica", mas tão-somente "norma jurídica *interpretada*", pois tanto a pré como a pós-compreensão são parte existente da realidade da norma.

Também Häberle, contudo, reconhece limites à abertura interpretativa, asseverando que nem toda mutação por meio da interpretação é possível, já que o texto configura um contorno dessas possibilidades, embora também este limite textual se coloque em meio à abertura, isto é, também a extensão desses limites fixados pelo texto é aberta, cultural e contingente, permeada pela linguagem.

Mais uma vez, a linguagem aparece, pois, desempenhando um papel importante, constituindo-se em condição de possibilidade de atribuição do sentido da norma.

A interpretação configura, portanto, um importante elemento de operacionalização dos direitos humanos e fundamentais, na medida em que tanto a pré-compreensão como a pós-compreensão conformam e revelam que as possibilidades de sua realização não existem desvinculadas do contexto, do tempo e do espaço no qual se inserem, caso em que não só o passado e a história efeitual devem ser consideradas, mas também o futuro.

A incorporação dessa noção pode, por sua vez, ser visualizada na interpretação evolutiva realizada pela Corte IDH, no que concerne ao direito de igualdade e de não discriminação consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 1.1), em relação aos grupos em situação de vulnerabilidade e à noção de "categorias suspeitas", que foram sofrendo significativa ampliação e incorporação de novos elementos ao longo do tempo, com base em diferentes fundamentos.

[57] HÄBERLE, Peter. *Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978).* In: Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialen zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 78.

Caso Atala Riffo v. Chile (2012)[58]: interpretação evolutiva e mais favorável ao ser humano (princípio "pro homine" ou "favor persona"), tendo por fundamento a cláusula de abertura contida no art. 1.1 da CADH, onde consta a expressão "qualquer outra condição social":

> 84. Nesse sentido, ao interpretar a expressão "qualquer outra condição social" do artigo 1.1. da Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano[59].

Com base nessa construção, a orientação sexual passou a ser considerada como categoria especialmente protegida pela CADH, tendo por base o direito internacional dos Tratados:

> 91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual[60].

---

[58] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e crianças versus Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

[59] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e crianças versus Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 29.

[60] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e crianças versus Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José

Na ocasião, ainda restou assentado que a possível falta de consenso sobre estes grupos não pode servir como argumento para a negação de seus direitos:

> 92. No que diz respeito ao argumento do Estado de que até a data do proferimento da sentença da Corte Suprema não teria havido consenso a respeito da orientação sexual como categoria de discriminação proibida, a Corte ressalta que a suposta falta de consenso interno de alguns países sobre o respeito pleno aos direitos das minorias sexuais não pode ser considerado argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes os direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias tem sofrido. O fato de que esta pudesse ser matéria controversa em alguns países e de que não seja necessariamente matéria de consenso, não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois ao fazê-lo deve ater-se única e exclusivamente às disposições das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados por meio da Convenção Americana[61].

Caso Norín Catrimán v. Chile (2014)[62]: discriminação do povo mapuche, preconceito na vinculação dos indígenas a grupos terroristas, com a prolação de sentenças de condenação penal. Nesta decisão, a Corte IDH reconheceu o critério étnico como "critério proibido de discriminação", ampliando, assim, uma vez mais, o catálogo do art. 1.1 da CADH. Para tanto, se valeu de uma série de Tratados que proíbem a discriminação étnica, manifestando que a previsão contida na CADH não é um rol taxativo, com a possibilidade de inclusão de novas categorias ("norma aberta"):

---

da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 33.

[61] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e crianças versus Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 34.

[62] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán versus Chile. Sentença de 29 de maio de 2014. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

> 202. Tomando en cuenta los criterios de interpretación estipulados en el artículo 29 de la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte considera que el origen étnico es un criterio prohibido de discriminación que se encuentra comprendido dentro de la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención Americana. El Tribunal ha indicado que al interpretarse el contenido de dicha expresión debe "elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano". Los critérios específicos em virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el referido artículo, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. La redacción de esa norma "deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas"[63].

Caso Granier y otros v. Venezuela (2015a)[64]: "opinião política" como categoria proibida. Desenvolvimento da noção de uma exigência de fundamentação rigorosa no que concerne ao trato diferenciado desses grupos, com a respectiva inversão do ônus da prova, devendo o Estado demonstrar que sua ação não tem efeito e nem propósito discriminatório:

> 228. La Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio . En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia RCTV estaba basado en una de las categorías

[63] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán versus Chile. Sentença de 29 de maio de 2014. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 70.

[64] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Granier y otros versus Venezuela. Sentença de 22 de junho de 2015. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2015a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

> prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de reservarse el espectro no tenía una finalidad o efecto discriminatorio[65].

Caso González Lluy v. Ecuador (2015b)[66]: inclusão dos portadores de HIV na proteção do art. 1.1 da CADH, devendo as diferenciações baseadas em um "critério suspeito" ser avaliadas com base em um escrutínio mais estrito:

> 257. En este marco, la Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, **la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, lo cual implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva**. Además, se invierte la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio. En el presente caso, ante la comprobación de que el trato diferenciado hacia Talía estaba basado en una de las categorías prohibidas, el Estado tenía la obligación de demostrar que la decisión de retirar a Talía no tenía una finalidad o efecto discriminatorio. Para examinar la justificación esgrimida por el Estado, la **Corte utilizará entonces, en el marco del juicio estricto de igualdad**, el llamando juicio de proporcionalidad, que ya ha sido utilizado en ocasiones anteriores para medir si una limitación a un derecho resulta ser compatible con la Convención Americana[67].

A Corte IDH utilizou, para esta construção, decisões do Comitê dos DESC e de direitos da criança, com fundamento na expulsão da escola e na violação do direito

---

[65] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Granier y otros versus Venezuela. Sentença de 22 de junho de 2015. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2015a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 77.

[66] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso González Lluy y otros versus Ecuador. Sentença de 01 de setembro de 2015. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2015b. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

[67] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso González Lluy y otros versus Ecuador. Sentença de 01 de setembro de 2015. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2015b. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 76.

à educação, além do elemento relativo à **interseccionalidade** (criança, mulher, pobre, portadora de HIV) e a concorrência de fatores que foram determinantes para sua condição:

> 290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. **En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados[68].**

Caso Hacienda Brasil Verde v. Brasil (2016)[69]: incorporação do critério de pobreza na proteção do art. 1.1 da CADH, com a indicação de necessidade de proteção especial ("deveres especiais de proteção do Estado"):

---

[68] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso González Lluy y otros versus Ecuador. Sentença de 01 de setembro de 2015. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2015b. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 87.
[69] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hacienda Brasil Verde versus Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José

> 337. La Corte se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación[70].

Destaca a Corte IDH a necessidade de adoção de medidas específicas, por parte do Estado, para combater a discriminação, bem como de se interpretar a discriminação à luz da situação de desvantagem em que se encontram determinados grupos como resposta às "realidades sociais":

> 338. La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido[71].

---

da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

[70] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hacienda Brasil Verde versus Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 87.

[71] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hacienda Brasil Verde versus Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 87.

Caso I.V. v. Bolivia (2016)[72]: inclusão dos refugiados na proteção do art. 1.1 da CADH, tomando como referência a vinculação com sua identidade e com grupos tradicionalmente marginalizados:

> 240. Ahora bien, la Corte recuerda que no toda diferencia de trato será reputada discriminatoria, sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables . Cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) **rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados**, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad. La Corte ha establecido, además, que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo[73].

Nesta decisão, a Corte IDH faz menção, uma vez mais, à necessidade de se adotar critérios mais rígidos de fiscalização, por meio da realização de um "escrutínio estrito" (critérios especialmente exigentes de análise da proporcionalidade), devendo a finalidade não ser somente legítima, mas imperiosa; a medida adotada não apenas idônea, mas necessária, assim como os benefícios claramente superiores às restrições:

> 241. En razón de lo anterior, la Corte considera que los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los

[72] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso I.V versus Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

[73] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso I.V versus Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 80.

> motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, **la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis**, esto es, **que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperios**o. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora **se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso**. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los **beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones** que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma[74].

Tem-se, uma vez mais, no caso, o reconhecimento de uma múltipla discriminação, provocada pelo reforço mútuo de sua condição de mulher, peruana e pobre (interseccionalidade), tomando-se como referência a necessidade de uma proteção especial pautada na perspectiva de gênero e nos estereótipos que incidem nas decisões de natureza reprodutiva (ligadura de trompas compulsória relacionada ao estereótipo de que a vítima não era capaz de tomar uma decisão autônoma sobre seu corpo):

> 243. La Corte reconoce que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales. (...) Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia. En

[74] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso I.V versus Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 80.

> particular, la Corte advierte que el fenómeno de la esterilización no consentida está marcado por estas secuelas de las relaciones históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Aunque la esterilización es un método utilizado como anticonceptivo tanto por mujeres como hombres, las esterilizaciones no consentidas afectan de forma desproporcionada a las mujeres exclusivamente por esta condición en razón que se les asigna socialmente la función reproductora y de planificación familiar.
>
> 246. Las circunstancias en que el Estado alega haber obtenido el consentimiento de I.V., le negaron la oportunidad de tomar una decisión libre, informada y ajustada a su proyecto de vida. En este sentido, **el médico realizó una intervención médica paternalista injustificada** toda vez que, al cercenarle su capacidad reproductiva sin su consentimiento previo, libre, pleno e informado, restringió de forma grave la autonomía y libertad de la señora I.V. para tomar una decisión sobre su cuerpo y salud reproductiva, y realizó una interferencia abusiva sobre su vida privada y familiar, motivada por el ánimo de evitar un daño a su salud en el futuro, sin consideración de su propia voluntad y con consecuencias graves en su integridad personal (infra Capítulo VIII-2) **por el hecho de ser mujer**[75]**.**

Assim, percebem-se, na construção argumentativa da Corte IDH para a justificação de inclusão de novos grupos "suspeitos" de discriminação (interpretação evolutiva), os seguintes aspectos: a) ampliação dos conteúdos da cláusula de igualdade derivada de sua integração com outros tratados de direitos humanos, bem como de decisões proferidas por outros Tribunais ou órgãos de proteção (ex.: etnia, orientação sexual, portadores de HIV; b) justificação reforçada pelo aspecto material, identificada com a discriminação "histórica estrutural" de determinados grupos, que os colocam em situação de especial vulnerabilidade (ex.: minorias sexuais, deficientes, migrantes, idosos, pobres); c) aplicação de um critério de proporcionalidade mais rígido ("escrutínio estrito"), tomando-se como referência

[75] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso I.V versus Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021, p. 80.

as circunstâncias do caso concreto, com a consequente inversão do ônus da prova e exigência de uma argumentação exaustiva por parte do Estado.

Conclusão

Tem-se, pois, em face do que foi dito, que se opera uma estreita relação, num aspecto de complementariedade, entre as concepções de pré-compreensão desenvolvidas pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica e a noção de pós-compreensão levada a efeito pela compreensão de abertura cunhada por Häberle.

Em ambas a linguagem desempenha um papel central, ao mesmo tempo que a história efeitual (representada, no caso da interpretação aberta, pelos aspectos culturais) e o rompimento com a metafísica, cunhado no reconhecimento e na sobrelevação do particular, do concreto em sua aplicação, seja em termos espaciais, seja em termos temporais.

Assim, a importância de se refletir acerca dos aspectos que envolvem a interpretação e os intérpretes em sua atividade cri(ativa), rompendo e avançando com as concepções tradicionais e enrigecidas, é inquestionável. Nessa linha, se pretendeu demonstrar, com o trabalho, que, especialmente no caso dos direitos humanos e fundamentais, o seu desenvolvimento em bases interpretativas é relevante, ou pelo menos percebido *como* (*als*, de cunho hermenêutico) uma questão que merece atenção nas reflexões acerca de sua concretização e garantia, aí incluída a atuação da Corte IDH, caracterizada por uma interpretação evolutiva, na qual as aspectos relacionados ao contexto e à realidade fática, bem como ao tempo, são evidentes e determinantes para a compreensão do próprio direito, resultando na conformação e inclusão de novos conteúdos e âmbitos de proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade, com vistas à garantia do direito de igualdade e de não-discriminação.

Referências

AZÚA, Javier Bengoa Ruiz de. *De Heidegger a Habermas: hermenêutica y fundamentación última en la filosofía contemporánea.* Barcelona: Herder, 1992.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso I.V versus Bolívia. Sentença de 30 de novembro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hacienda Brasil Verde versus Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso González Lluy y otros versus Ecuador. Sentença de 01 de setembro de 2015. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2015b. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Granier y otros versus Venezuela. Sentença de 22 de junho de 2015. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2015a. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Norín Catrimán versus Chile. Sentença de 29 de maio de 2014. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atala Riffo e crianças versus Chile. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. (Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San José da Costa Rica, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em 08 nov. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik.* Tübingen: Mohr, 1972.

_____. *El problema de la consciencia histórica.* Traducción de Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Tecnos, 1993.

_____. *Sobre o círculo da compreensão.* Tradução de Custódio Luís S. de Almeida. In: ROHDEN, Luiz [*et al*]. *Hermenêutica filosófica nas trilhas de Hans-Georg Gadamer.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica.* Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft.* 2. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1982.

_____. *Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978).* In: Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialen zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o 'humanismo': carta a Jean Beaufret, Paris.* In: *Conferências e escritos filosóficos.* Tradução de Ernildo Stein. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. *Introdução à metafísica.* Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

_____. *Conceptos fundamentales.* Traducción de Manuel E. Vázquez García. Madrid: Alianza Editorial, 1989.

_____. *Introducción a la Filosofía.* Traducción de Juan Ignacio Luca de Tena. Madrid: Cátedra, 1999.

_____. *Ontologia: hermenéutica de la facticidad.* Traducción de Jaime Aspiunza. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, 1999.

REIS, Róbson Ramos dos. *A ontologia hermenêutica de* Ser e Tempo. In: _____, ROCHA, Ronai Pires da. *Filosofia Hermenêutica.* Santa Maria: Editora da UFSM, 2000.
STEIN, Ernildo. *Seminário sobre a verdade: lições preliminares sobre o parágrafo 44 de Sein und Zeit.* Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Aproximações sobre Hermenêutica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

_____. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica.* Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução.* Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

4. EMERGÊNCIA CLIMÁTICA: COP 26 E A URGÊNCIA DO PARADIGMA JURÍDICO ECOCÊNTRICO

THE CLIMATE EMERGENCY: COP 26 AND THE URGENCY OF THE ECOCENTRIC LEGAL PARADIGM

https://doi.org/10.36592/9786581110642-04

Gina Vidal Marcilio Pompeu[1]

Luciana Barreira de Vasconcelos[2]

Resumo

A emergência climática, causada pelas atividades antrópicas relacionadas às elevadas emissões de gases de efeito estufa e destruição das florestas, desequilibra o ecossistema planetário e ameaça de extinção inúmeras espécies, inclusive a humana. As medidas adotadas à luz do modelo do desenvolvimento sustentável e sob o prisma antropocêntrico não têm se mostrado suficientes à superação da grave crise ecológica global. Este artigo objetiva analisar de que forma e sob que paradigma jurídico o Direito Internacional pode oferecer soluções efetivas e urgentes a essa problemática, a partir da COP 26. A relevância do estudo consiste em fomentar a discussão acadêmica acerca do giro ecocêntrico e do constitucionalismo multinível como alternativas ao desafio de resguardar os direitos fundamentais à integridade ecológica e climática que interessam a toda a humanidade e à própria Terra. A metodologia utilizada envolveu pesquisa interdisciplinar, com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregar teoria e práxis na articulação do Direito Constitucional, Ambiental e da Economia, com as técnicas de análise documental e de revisão bibliográfica, ante o estudo da transição do paradigma jurídico antropocêntrico para o ecocêntrico no Direito Internacional Ambiental.
Palavras-chave: Emergência Climática. COP 26. Giro ecocêntrico. Direito Internacional Ambiental. Direito fundamental à integridade ecológica e climática.

Abstract

The climate emergency, caused by anthropic activities related to high greenhouse gas emissions and forest destruction, unbalances the planetary ecosystem and threatens countless species, including humans, with extinction. The measures

[1] Estágio pós-doutoral pela Faculdade de Direito de Lisboa, e pela Faculdade de Direito da Universidade do Havre. Doutorado em Direito pela UFPE, Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela UFC. Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Coordenadora do Doutorado Interinstitucional UNIFOR/CIESA. Lider do grupo de pesquisa REPJAAL, Relações econômicas, políticas, jurídicas e ambientais na América Latina, Vice-Presidente da Rede de Direitos Fundamentais e Democracia- RED-IDD. http://red-idd.com/ ginapompeu@Unifor.br

[2] Doutoranda em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela mesma instituição. Especialista em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho -UGF, Brasil. E-mail: lu-barreira@hotmail.com.

adopted in the light of the sustainable development model and under the anthropocentric prism have not proved sufficient to overcome the serious global ecological crisis. This article aims to analyze how and under which legal paradigm international law can offer effective and urgent solutions to this problem, based on COP 26. The relevance of the study is to encourage academic discussion about the ecocentric turn and multilevel constitutionalism as alternatives in the challenge of protecting the fundamental rights to ecological and climatic integrity that are of interest to all of humanity and to the Earth itself. The methodology used involved interdisciplinary research, with epistemological orientation in critical theory, bringing together theory and praxis in the articulation of Constitutional Law, Environmental Law, and Economics, with the techniques of document analysis and literature review, before the study of the transition from anthropocentric to ecocentric legal paradigm in International Environmental Law.
Keywords: Climate Emergency. COP 26. Ecocentric Turn. International Environmental Law. Fundamental Right to Ecological and Climatic Integrity.

Introdução

A degradação causada pela intervenção humana no meio ambiente levou a Terra a ingressar no Antropoceno, nova época geológica marcada por alterações nas características geofísicas predominantes até o período pré-industrial, dentre as quais se destaca o rápido aumento da temperatura do planeta desencadeado pela elevada emissão de gases agravadores do efeito estufa e desmatamento das florestas. A ciência tem alertado, nos últimos anos, para o risco iminente de colapso do ecossistema planetário devido ao aquecimento global, de modo a ensejar a extinção de milhões de espécies, inclusive a humana. As mudanças climáticas se situam, portanto, no contexto de uma crise ecológica global.

Desde o seu surgimento, no início da década de 1970, o Direito Internacional Ambiental tem buscado conter a crescente degradação ecológica, por meio do modelo do desenvolvimento sustentável, cujos pilares buscam equilibrar a relação entre economia, pessoas e meio ambiente. À luz do paradigma antropocêntrico, foram celebrados, no âmbito da Organização das Nações Unidas, diversos acordos com foco no alcance da sustentabilidade e da estabilidade climática, a exemplo do Protocolo de Quioto (1997) e do Acordo de Paris (2015). No entanto, essas tratativas não tem se mostrado suficientes para afastar as projeções de elevação da temperatura terrestre para além dos níveis considerados seguros para os seres humanos e para Natureza.

Nesse cenário, este artigo objetiva analisar de que forma e sob que paradigma jurídico o Direito Internacional Ambiental pode oferecer soluções efetivas e urgentes à superação da crise sistêmica ora vivenciada. A relevância do estudo consiste em fomentar a discussão acadêmica acerca do giro ecocêntrico e do constitucionalismo multinível como alternativas no desafio de resguardar os direitos fundamentais à integridade ecológica e climática que interessam a toda a humanidade e à própria Terra.

A metodologia utilizada envolveu pesquisa interdisciplinar, com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregar teoria e práxis na articulação do Direito Constitucional, Ambiental e da Economia, com as técnicas de análise documental e de revisão bibliográfica, ante o estudo da transição do paradigma jurídico antropocêntrico para o ecocêntrico no Direito Internacional Ambiental.

1 Emergência climática no antropoceno

Os impactos das intervenções humanas no planeta desencadearam, em 2016, o início do processo de reconhecimento científico de que a Terra deixou o Holoceno, em que as sociedades humanas se desenvolveram, ao entrar em uma nova época geológica: o Antropoceno[3]. Dentre os fenômenos associados a essa transição se incluem o aumento da erosão associado à urbanização e à agricultura; perturbações antropogênicas dos ciclos de carbono, nitrogênio e fósforo; mudanças ambientais geradas por essas perturbações (aquecimento global, aumento do nível do mar, acidificação e disseminação de "zonas mortas" nos oceanos); mudanças rápidas na biosfera, como resultado da perda de *habitat*, predação, explosão de populações de animais domésticos e invasões de espécies; e a proliferação e dispersão global de concreto e plástico.

Segundo a Plataforma Intergovernamental de Políticas Científicas sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos - IPBES, é iminente a extinção de cerca de 1 milhão de espécies animais e vegetais e cerca de 100 a 300 milhões de pessoas

[3] AWG - Antroponece Working Group. "Results of binding vote by AWG". Released 21st May 2019. Disponível em: <https://www.quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/>. Acesso em: 2 out. 2021.

estão submetidas a elevado risco de inundações e furacões. De acordo com documento, de 1980 aos dias atuais, as emissões de gases do efeito estufa (GEE) dobraram, o que elevou a temperatura média global em, pelo menos, 0,7º C. A mudança climática foi elencada como uma das principais causadoras dos danos aos ecossistemas[4].

Speight pontua que, não obstante fatores naturais concorram para o aquecimento global, o aumento da emissão de gases de efeito estufa tem agravado sobremaneira esse fenômeno [5]. Diante do consenso formado por 97% dos especialistas do clima no sentido de que o aquecimento global ao longo do século passado está relacionado às atividades humanas [6], não remanesce espaço para posturas "negacionistas" em torno do tema, as quais servem somente à garantia da rentabilidade da indústria de combustíveis fósseis, além de constituírem "estratégias de enganação com consequências malignas severas" [7].

No relatório divulgado, em agosto de 2021, pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas – IPCC, a responsabilidade do ser humano pelo recente e acelerado aquecimento global é cientificamente inferida como fato e não mais como probabilidade, pois, nos últimos cinquenta anos, o clima sofreu alteração sem precedentes num período de dois mil anos. O documento prevê a elevação da temperatura média global para além de 1,5°C nas próximas duas décadas, o que terá como consequências o aumento de ondas de calor, secas mais longas e intensas, alagamentos e outros eventos climáticos extremos[8].

---

[4] IPBES. Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. "Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services". 2019. Disponível em: <https://www.ipbes.net/event/ipbes-7-plenary/>. Acesso em: 5 jun. 2021.

[5] SPEIGHT, James G. "Climate Change Demystified". Beverly, MA: Scrivener Publishing, 2020, p. 213-222.

[6] LUCITELLI, Dana. Millions of times later, 97 percent climate consensus still faces denial. "Bulletin of the atomic scientists". Disponível em: https://thebulletin.org/2019/08/millions-of-times-later-97-percent-climate-consensus-still-faces-denial/. Acesso em 3 out 2021.

[7] CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. "Crise climática e o Green new deal global: a economia política para salvar o planeta". Tradução de Bruno Cobalchini Mattos. Rio de Janeiro: Roça Nova, 2020. p. 78.

[8] IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. "Climate Change 2021: The Physical Science Basis Summary for Policymakers". Working Group I contribution to the Sixth Assessment Report. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf. Acesso em: 3 out 2021.

Alguns dos efeitos desse desequilíbrio já são irreversíveis devido ao rompimento de pontos de inflexão associados ao aquecimento global, a exemplo da elevação do nível do mar provocada pelo derretimento das geleiras, que pode chegar a dois metros, de maneira a devastar ilhas e extensas áreas litorâneas[9]. Os "tipping points" são marcos críticos nos sistemas ambientais que, quando atingidos, originam mudanças biosféricas rápidas, significativas e irreversíveis. Isso ocorre porque as alterações nas características do sistema levam à sua reorganização e autoestabilização em um novo estado, o que impede o retorno à conformação anterior, mesmo se eliminados os condutores da mudança[10].

No entanto, o Relatório de Mudanças Climáticas de 2021 está longe de constituir uma sentença fatalista. De um lado, revela que, se nenhuma mudança significativa for adotada, o aumento da temperatura atingirá 4ºC em relação aos níveis pré-industriais, o que acarretaria desequilíbrios ecológicos capazes de extinguir milhares de espécies, inclusive a humana. De outro, porém, demonstra que, se houver drástica e sustentada redução das emissões de CO2 e de outros GEE nas próximas décadas, será possível conter o aquecimento de forma que não alcance 2°C e, em seguida, reduzi-lo para patamar inferior a 1,5ºC até o final do século, de maneira a garantir o equilíbrio climático necessário à vida humana[11].

Emergência significa "ocorrência de grande perigo" ou "situação crítica e imprevista que demanda ação imediata" [12]. Apesar de questionável o aspecto da "imprevisibilidade", pois os alertas acerca dos riscos do aquecimento global remontam ao Relatório Brundtalnd [13], as evidências científicas apontam para a caracterização de uma emergência climática a demandar providências imediatas.

---

[9] Ibid.

[10] IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. "Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change". Disponível em: https://archive.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_wcover.pdf. Acesso em: 3 out 2021.

[11] IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. "Climate Change 2021. The Physical Science Basis Summary for Policymakers". Working Group I contribution to the Sixth Assessment Report. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf. Acesso em: 3 out 2021.

[12] MICHAELIS. Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: https://www.michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/emergência/. Acesso em 3 out 2021.

[13] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS -ONU. "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future". Disponível em:

Confome Beck, a partir da era moderna industrializada, a sociedade passou a se qualificar como catastrófica, pois os riscos deixaram de ser pessoais para configurar situações capazes de desencadear a autodestruição da vida na Terra[14]. Para Latour "[...] a fusão entre escatologia e ecologia não é uma queda na irracionalidade, uma perda de sangue-frio ou uma adesão mística qualquer a um mito religioso ultrapassado". Trata-se de um apelo para que as pessoas passem a enfrentar o problema sem dar voltas em conciliações e apaziguamentos que adiam o momento de providenciar a mudança enquanto é tempo[15].

Após os primeiros alertas científicos acerca dos perigos do aquecimento global[16], celebrou-se, no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Rio 92), a Convenção - Quadro sobre Mudança do Clima, em que os Estados assumiram compromissos com o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera[17]. A referida Convenção se caracterizava, contudo, por ser ampla e depender de regulamentação por parte do Poder Executivo de cada um dos 154 países que a subscreveram, assim como de futuras negociações, realizadas no âmbito das Conferências das Partes – COP's[18].

Durante a COP 3, ocorrida em 1997, foi subscrito o Protocolo de Quioto, no qual se estabeleceram compromissos mais rígidos para a redução da emissão dos gases agravadores do efeito estufa[19]. Porém, em 2012, o referido acordo cobria menos de 15% das emissões mundiais, "levando-se em conta a não ratificação pelos Estados Unidos e a saída do Canadá, da Rússia e do Japão". Para Tirole, o Protocolo de Quioto "é um fracasso", na medida em que "não impediu os países de adotar comportamentos de carona" ao agirem prioritariamente em seu próprio interesse e em nome de seus agentes econômicos, enquanto

https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf. Acesso em 3 out 2021.

[14] BECK, Ulrich. "Sociedade de risco". Trad. Sebastião Nacimento. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 25-28.

[15] LATOUR, Bruno. "Diante de gaia: oito conferências sobre a natureza no antropoceno". Trad. Maryalua Meyer. São Paulo: Ubu, 2020, p. 343.

[16] IPCC -Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas. Reports. "First Assessment Report". Disponível em: www.ipcc.ch/reports/. Acesso em 4 out 2021.

[17] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "United Nations Conference on Environment and Development". Rio de Janeiro, 3-14 jun. 1992. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/docs/meio-ambiente/>. Acesso em: 23 jun. 2021.

[18] MILARÉ, Édis. "Direito do ambiente". 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.598.

[19] PROTOCOLO DE QUIOTO. 1997. Disponível em: https://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quioto.pdf. Acesso em: 4 out 2021.

esperam aproveitar-se dos esforços dos outros[20].

Por ocasião da COP 21, no ano de 2015, foi celebrado o Acordo de Paris. Em seu bojo foi estipulado que o mundo envidaria esforços para manter o aumento da temperatura média global em torno de 1,5 °C a fim de mantê-lo em nível bem inferior aos 2°C acima dos níveis pré-industriais, bem ainda para atingir a neutralidade na emissão de CO2 até 2050[21].

Todavia, embora seja considerado um sucesso diplomático, "no que se refere às medidas concretas, poucos progressos foram realizados", pois os países se concentraram em fixar uma quantia global sem individualizar os compromissos e responsabilidades de cada um[22]. O desafio das mudanças climáticas representa a maior crise existencial já enfrentada pela humanidade, pois ameaça destruir qualquer forma de vida humana organizada e somente será possível superá-la por meio de um engajamento mundial[23].

2 Uma resposta jurídica global para a emergência climática

Para transpor as barreiras da retórica e efetivar a necessária queda do uso dos combustíveis fósseis, Tirole defende a celebração de um novo acordo, em que seja fixada uma precificação do carbono substancial e uniforme para todos os países, a fim de se evitar que as diferenças na tributação existentes nas diferentes regiões do planeta incentivem as indústrias emissoras a se instalarem nos lugares onde os encargos são menores, o que mantém elevada a média global de produção de CO2. O autor sugere que a questão da equidade na divisão do ônus climático seja gerida mediante transferências financeiras dos países ricos para os países em desenvolvimento, no intento de minimizar a realidade das desigualdades internacionais[24].

Pollin e Chomsky registram que praticamente todos os economistas ortodoxos afirmam ser a taxação de carbono a política mais eficaz de combate às

---

[20] TIROLE, Jean. "Economia do bem comum". Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 213/222.
[21] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Conference of the Parties. "Draft decision -/CP.21. Adoption of the Paris agreement". 2015. Disponível em: https:// unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf. Acesso em: 5 out 2021.
[22] TIROLE, Jean. Op. Cit. p. 225-226.
[23] CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. "**Crise** climática e o Green new deal global: a economia política para salvar o planeta". Trad. Bruno Cobalchini Mattos. Rio de Janeiro: Roça Nova, 2020. p. 15-17
[24] TIROLE, Jean. Op. Cit. p. 229-239.

mudanças climáticas[25]. Numa vertente mais progressista, os referidos autores propõem um "Green New Deal" constituído por investimentos concentrados na melhoria drástica dos padrões de eficiência energética e na rápida expansão da oferta de fontes renováveis de energia limpa (sobretudo solar e eólica) para todos os setores da economia e nas diversas regiões do globo, com preços competitivos para enfrentar os combustíveis fósseis e a energia nuclear. Enfatizam, ademais, a necessidade de combate ao desmatamento e o estímulo ao reflorestamento[26].

Relevante notar que, embora haja divergência quanto à definição da melhor política econômica a ser adotada no ajuste, parece haver consenso na doutrina quanto à imprescindibilidade de um acordo de adesão global e caráter vinculante capaz de impulsionar a imediata queda da emissão dos gases de efeito estufa. A experiência positiva do caso da camada de ozônio sinaliza que a união dos Estados, traduzida em medidas concretas e guiadas pela ciência, constitui estratégia poderosa no enfrentamento de problemas de dimensão planetária, como o da emergência climática ora vivenciado.

Em 1985, foi comprovado que componentes químicos presentes em produtos do cotidiano como aerossóis, espumas, refrigeradores e aparelhos de ar-condicionado estavam danificando a camada de ozônio e que já havia se formado um buraco nesse escudo natural protetor das pessoas, plantas, animais e ecossistemas contra a excessiva radiação ultravioleta. Esse quadro anunciava um futuro condenado a doenças como câncer de pele e catarata, colheitas destruídas e ecossistemas danificados. Os governos ouviram o alerta científico e, por meio do Protocolo de Montreal (1989), primeiro e único acordo ambiental da ONU a ser ratificado por todos os países do mundo, obrigaram-se a eliminar gradualmente as substâncias que danificam a camada de ozônio, inclusive os clorofluorcarbonos (CFC). Essa meta foi 99% cumprida e o processo de restauração camada de ozônio da Terra deve se completar até 2060[27].

---

[25] CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. Op. Cit. p. 40.
[26] CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. Op. Cit. p. 102-103.
27 UNEP – United Nations Environment Programme. "Rebuilding the ozone layer: how the world came together for the ultimate repair job". Disponível em: www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/como-o-mundo-se-uniu-para-reconstruir-camada-de-ozonio. Acesso em 6 out 2021.

O sistema climático integra um grupo de nove processos planetários interconectados que regulam a estabilidade e a resiliência do sistema terrestre. De acordo com os especialistas, o rompimento desses limites suprimiria as condições de suporte natural da vida humana. Em pelo menos cinco dessas fronteiras, a zona de segurança foi transposta, dentre elas a do aquecimento global. Dois desses sistemas vitais (o da poluição química e o da integridade ecológica) já se encontram na zona de alto risco[28]. A emergência climática situa-se, portanto, no contexto de uma crise ecológica global.

Essa vinculação pode ser constatada com clareza ao se observar o caso do Brasil. Predomina no país uma matriz energética renovável, proveniente de hidrelétricas e de produção solar e eólica, inclusive com previsão de operação da primeira usina de hidrogênio verde em 2022[29]. Mesmo assim, o Brasil é o 4º maior responsável pelo aquecimento global devido ao desmatamento relacionado à pecuária e à extração de madeira[30]. É que as florestas funcionam como sumidouros de CO2, ao capturar o gás da atmosfera e liberar oxigênio através da fotossíntese. Ao ter sua vegetação suprimida em larga escala, a floresta perde essa capacidade natural e, quando queimada, produz CO2. Em decorrência das mencionadas atividades antrópicas, a Floresta Amazônica deixou de ser sumidouro para constituir fonte de emissão de carbono para a atmosfera[31].

Nos últimos anos da segunda década do século XXI, esse quadro encontra-se em perspectiva de agravamento, pois segundo o *World Report 2021* da *Human Rights Wath*, o desmatamento na Amazônia cresceu oitenta e cinco por cento de 2018 para 2019 e, de janeiro a setembro de 2020, o número de queimadas na região atingiu o

---

[28] STOCKHOLM RESILIENCE CENTRE. Stockholm University. "Planetary boundaries". Disponível https://stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/the-nine-planetary-boundaries.html. Acesso em: 6 out 2021.

[29] CEARÁ. Casa Civil. "Ceará receberá a primeira usina de hidrogênio verde do Brasil com operação já em 2022". 1º de setembro de 2021. Disponível em: https://www.ceara.gov.br/2021/09/01/ceara-recebera-a-primeira-usina-de-hidrogenio-verde-do-brasil-com-operacao-ja-em-2022/. Acesso em 9 out 2021.

[30] CARBON BRIEF. "Analysis: Which countries are historically responsible for climate change?" Disponível em: https://www.carbonbrief.org/analysis-which-countries-are-historically-responsible-for-climate-change. Acesso em 9 out 2021.

[31] GATTI. Luciana V. Et. All. "Amazonia as a carbon source linked to deforestation and climate change". NATURE. Jul/2021. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41586-021-03629-6. Acesso em: 9 out 2021.

nível mais alto em dez anos[32]. Dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE revelam que a taxa anual de desmatamento na Amazônia Legal Brasileira (ALB) subiu de **10.129 km2, em 2019, para 11.088 km2, em 2020, e para** 13.235 km2, em 2021[33]**.** Este último valor, referente período de 01 agosto de 2020 a 31 de julho de 2021, representa um aumento de 21,97% em relação à taxa de desmatamento apurada em 2020 pelo PRODES – Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite.

Nesse cenário, conforme Carducci, as questões de justiça climática se tornaram urgentes e inevitáveis, uma vez que, pela primeira vez na história entre fatos e normas, o mundo está em uma situação de emergência ecossistêmica, climática e fóssil que se qualifica como irreversível e cientificamente certa e que se projeta, ao mesmo tempo, em âmbito local e global[34]. Morin afirma que somente uma ecopolítica que se imponha local, regional, nacional e também em âmbito planetário será capaz de ensejar as mudanças que permanecem refreadas "pelas estruturas institucionais e mentais esclerosadas, por enormes interesses econômicos e por inúmeras barreiras que subsistem, a despeito das grandes conferências internacionais que marcaram as últimas décadas"[35]

Desde o seu surgimento, quando da Conferência de Estocolmo de 1972, o Direito Internacional Ambiental tem buscado construir alternativas com foco no equilíbrio entre os eixos econômico, social e ambiental. Em 2015, a Organização das Nações Unidas estabeleceu o rol dos objetivos do desenvolvimento sustentável, dentre os quais se destaca aqui o de nº 13: "tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos"[36].

---

[32] HRW. Human Rigths Watch. "World Report 2021**"**. Disponível em: https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/brazil#09fe17. **Acesso em: 14 jan. 2021.**

[33] *INPE. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. "PRODES – Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite". Disponível em: https://www.gov.br/inpe/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/dados-do-prodes. Acesso em: 28 nov. 2021.*

[34] CARDUCCI. Michele. "La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica**"**. Saggi – DPCE online, 2020/2 ISSN: 2037-6677.

[35] MORIN. Edgar. "A via para o futuro da humanidade". Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco, Rio de Janeiro: Bertrand, 2013, p. 105.

[36] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável". Rio de Janeiro, 25-27 set. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

Entretanto, para Latouche "o desenvolvimento é uma palavra tóxica, qualquer que seja o adjetivo com que o vistam", pois abriga uma "lógica suicida", na qual a necessidade de crescimento ilimitado se choca com a finitude da biosfera[37]. Por essa razão, esse modelo não tem se convertido em medidas suficientes para reverter a degradação ecológica. Diante disso, o que poderia ter sido uma crise passageira, se a humanidade tivesse agido trinta ou quarenta anos atrás, transformou-se numa profunda mudança na relação do *anthropos* com o mundo[38].

Na avaliação de Leff, "a viabilidade do desenvolvimento sustentável converteu-se em um dos maiores desafios históricos e políticos do nosso tempo", pois intenta internalizar as externalidades ambientais com os critérios da racionalidade econômica ao integrar os processos ecológicos, populacionais e distributivos aos processos de produção e consumo[39]. O autor sugere a substituição da racionalidade econômica por uma racionalidade ambiental, a qual demandaria transformações dirigidas a um estilo alternativo de desenvolvimento que implica incorporação dos valores do ambiente na ética individual, nos direitos humanos e nas normas jurídicas que disciplinam o comportamento dos atores econômicos e sociais[40].

Nesse processo, o Direito constitui ferramenta indispensável, haja vista que compete às leis subsidiar a criação de comunidades sustentáveis, em que sejam compatibilizados os valores humanos e a manutenção da vida na Terra[41]. A COP 26[42], realizada de 31 de outubro a 12 de novembro de 2021, em Glasgow, na Escócia, constituía oportunidade impostergável para que os Estados celebrassem tratado vinculativo com previsão de medidas concretas e hábeis a tornar efetiva a eliminação do uso de combustíveis fósseis nos próximos trinta anos, bem como proteção eficaz às florestas e ecossistemas essenciais da Terra. No entanto, o Pacto Climático de Glasgow[43] surge como mais um "acordo de compromisso" a suscitar dúvidas quanto à sua capacidade de manter o aumento de temperatura dentro do

[37] SERGE, Latouche. "Pequeno tratado do decrescimento sereno". Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 10.
[38] LATOUR, Bruno. Op. Cit., p. 25.
[39] LEFF, Enrique. "Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza". Tradução de Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 223.
[40] LEFF, Enrique. Op cit. p. 241.

limite de 1,5º C, em comparação aos níveis pré-industriais. Apesar, de frustradas as expectativas em torno da formatação de uma *hard Law* em matéria climática, o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas identifica alguns avanços ocorridos na COP 26, como a criação do Observatório Internacional de Emissões de Metano (IMEO) e o anúncio de promessas, por mais de 100 líderes mundiais de países que abrangem 85% das florestas do mundo, no sentido de eliminar o desmatamento até 2030, bem como de investir 19,2 bilhões de dólares para esse fim[44].

O desafio agora consiste no desenvolvimento de meios de fazer com que os Estados cumpram os compromissos firmados e cheguem à COP27 com progressos a relatar e disposição para assumir posturas e ações climáticas mais firmes e ambiciosas. Isso porque, diante da emergência vivenciada, para além dos aspectos econômicos e políticos, os acordos celebrados no âmbito das COP's precisam cumprir o papel de normas internacionais capazes de conceber e assegurar um direito fundamental à integridade climática.

Disso depende a garantia dos direitos humanos de toda a população do globo, como os direitos à vida, à saúde[45] e a um meio ambiente sem riscos, limpo, saudável e sustentável[46]. Por essa razão, os pactos internacionais climáticos devem se situar na órbita do que Ferrajoli nomeou de "constitucionalismo mundial", a par de oferecer garantias jurídicas ao seu cumprimento. A limitação da soberania dos Estados sofre, assim, mitigação diante do fato de que os interesses em causa são comuns a toda a

[41] CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. "A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade". Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018, p. 247-248.
[42] UN - United Nations. UN Climate Change Conference UK 2021. COP 26. "Uniting the world to tackle climate change**".** Disponível em: https://ukcop26.org. Acesso em 6 out 2021.
[43] UNFCCC – United Nations Framework Convention on Climate Change. "Glasgow Climate Pact". Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement. Draft decision-/CMA.3. 2021. Disponível em https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_L16_adv.pdf. Acesso em: 27 nov 2021.
[44] UNEP – United Nations Environment Programme. "COP26 ends with agreeent but falls short on climate action". Disponível em: https://www.unep.org/news-and-stories/story/cop26-ends-agreement-falls-short-climate-action. Acesso em 27 nov 2021.
[45] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em https://nacoesunidas.org/docs/direitoshumanos/. Acesso em: 23 jun 2020.
[46] DW. "La ONU reconoce el 'derecho a un medioambiente limpio, sano y sostenible'".8 out 2021. Disponível em: https://www.dw.com/es/la-onu-reconoce-el-derecho-a-un-medioambiente-limpio-sano-y-sostenible/a-59453973. Acesso em: 10 out 2021.

humanidade[47].

Para o autor, as questões do meio ambiente demandam uma Constituição da Terra "que preveja garantias e instituições à altura dos desafios globais e da proteção da vida de todos"[48]. É preciso, entretanto, ampliar ainda mais esse horizonte, pois as consequências do colapso climático do planeta, além de transpor as fronteiras dos Estados Nacionais, transcendem a própria sociedade humana, ao ameaçar inúmeras outras espécies e o equilíbrio planetário.

3 Urgência do paradigma jurídico ecocêntrico na COP 26

"Urgente" significa a qualidade ou condição de algo que não pode ser adiado[49]. Em face da emergência ecológica a ameaçar a existência da vida no planeta como a conhecemos, assume caráter de urgência a adoção, pelo Direito Internacional, de paradigma jurídico hábil a restabelecer o equilíbrio e a harmonia entre os modos de vida e de produção humanos e a Natureza da qual são parte.

Se Lovelock tiver razão em sua hipótese[50], Gaia é um organismo vivo e mais resistente do que se supõe, por ser dotada da resiliência necessária ao restabelecimento de um novo equilíbrio após passar por um período critico ao qual, dentre milhões de espécies, a espécie humana não sobreviveria. Esse já seria um bom motivo de ordem racional para se reconhecer à Terra o direito a uma vida saudável e equilibrada, com base nos padrões de equilíbrio geofísico do Holoceno. Nada obstante, a tal justificação prática, com fundamento no princípio da responsabilidade, Jonas acrescenta o fundamento ético, ao asseverar que[51] as

---

[47] FERRAJOLI, Luigi. "A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional". Trad. Carlo Coccioli, Máercio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54.

[48] FERRAJOLI, Luigi. "O vírus põe a gobalização de joelhos". Instituto Humanitas UNISINOS. Disponível em: www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597204-o-virus-poe-a-globalizacao-de-joelhos-artigo-de-luigi-ferrajoli. Acesso em 8 out 2021.

[49] MICHAELIS. "Dicionário brasileiro da língua portuguesa". Disponível em: https://www.michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/urgência/. Acesso em 3 out 2021.

[50] LOVELOCK, James. Gaia – um modelo para a dinâmica planetária e celular. In: THOMPSON, William Irwin, e outros. Gaia – uma teoria do conhecimento. Tradução de Sílvio Cerqueira Leite. 4 ª Ed. São Paulo: Gaia, 2014, p. 79-92.

[51] JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006, p. 39.

consequências da subjugação do meio ambiente ao poder humano, na qualidade de bem ou objeto, deflagram a exigência moral de modificar o seu *status* jurídico.

De acordo com Ito, a atual legislação voltada à proteção ambiental não logrou atingir seu escopo em razão de possuir matriz antropocêntrica, em que há uma abordagem utilitarista da natureza, própria da já ultrapassada era moderna, pois é entendida como propriedade ou objeto. Nesse viés, por ser destituída de dignidade, não lhe é legalmente reconhecido valor intrínseco, mas somente importância proporcional à sua capacidade de servir aos seres humanos. Assim, o sistema legal vigente, radicado na ideia do desenvolvimento sustentável, ao buscar proteger o meio ambiente na medida de sua serventia ao homem, não se mostra capaz de impedir que as ambições humanas e demandas econômicas se sobreponham à tutela da natureza, que é tratada apenas como objeto de direito[52].

Como constatam Capra e Mattei, apesar do pensamento sistêmico figurar na vanguarda da ciência, o Direito e a Economia continuam a fortalecer uma visão de curto prazo e mecanicista, com enfoque no proprietário individual atomizado e abstrato que pode exercer sua posse da Terra por meio da extração de valor dos bens e recursos comuns, em detrimento dos demais seres[53].

Ito defende o reconhecimento dos Direitos da Natureza, mediante a adoção de um paradigma legal ecocêntrico, apto a devolver centralidade à vida, numa abordagem sistêmica, holística, dinâmica e multidimensional, compatível com o conhecimento científico acerca da interconexão e complexidade inerente ao ecossistema terrestre. Propõe, assim, a substituição do atual padrão de sustentabilidade, ancorado no tripé "pessoas, economia e meio ambiente", por um modelo em que a economia seja entendida como eixo dependente dos sistemas sociais humanos e, estes, por sua vez, como partes integrantes da natureza[54]. Nesse percurso, o princípio da integridade ecológica surge como elemento chave,

[52] ITO, Mumta. "Nature's Rights; Why the European Union Needs a Paradigm Shift in Law to Achieve Its 2050 Vision". In: Cameron La Follette and Chris Maser, eds. Sustainability and the Rights of Nature in Practice. New York: Taylor and Francis, p. 311-330.
[53] CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo." A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade". Tra. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018, p. 39.
[54] ITO, Mumta. "Nature's Rights: Why the European Union Needs a Paradigm Shift in Law to Achieve Its 2050 Vision". In: Cameron La Follette and Chris Maser, eds. Sustainability and the Rights of Nature in Practice. p. 311-330.

porquanto "[...] traduz a ideia de 'sistema' que está na base da compreensão do equilíbrio ecológico e da Natureza como um todo" [55].

Segundo Bridgewater, Kim e Bosselmann, integridade ecológica significa um estado ambiental propício à sustentação da vida, composto pela combinação da biodiversidade e dos processos ecossistêmicos de um determinado local ou da biosfera. Nesta última acepção, mais abrangente, implica a preservação da capacidade funcional do ambiente planetário e o respeito ao papel desempenhado pelos processos evolutivos e ecológicos. Os autores defendem que a integridade ecológica deve servir de ferramenta jurídica a fim de impedir que as atividades humanas ultrapassem os limites considerados seguros para as pessoas e para os ecossistemas, de maneira a constituir uma *grundnorm* de proteção do sistema de suporte da vida apta a guiar o comportamento dos Estados[56].

No rol dos fundamentos jurídicos condutores da transição para um Direito Internacional Ecocêntrico, em reforço ao princípio da integridade ecológica, figuram o princípio da vedação de retrocesso e o dever de progressividade dos instrumentos de proteção ambiental, previstos no artigo 3º do Acordo de Escazu, de 2018[57]. Tais preceitos estão integrados na Declaração Mundial da IUCN pelo Estado de Direito Ambiental[58], cujos termos recomendam a revisão e o aprimoramento regular e progressivo das leis e políticas, com o desiderato de proteger, conservar, restaurar e melhorar o meio ambiente, com esteio nos mais recentes conhecimentos científicos.

Identificam-se, no cenário internacional, tratativas alinhadas à perspectiva de substituição do antropocentrismo típico da modernidade pela abordagem de conotação ecocêntrica. Com efeito, em 1983, a Assembleia Geral da ONU aceitou a Carta Mundial para a Natureza, a qual descreve a humanidade como parte da

---

[55] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. "Direito Constitucional Ecológico". 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 76.

[56] BRIDGEWATER, Peter; KIM, Rakhyun E.; BOSSELMANN, Klaus. "Ecological Integrity: A Relevant Concept for International Environmental Law in the Anthropocene?" In: Yearbook of international Environmental Law, v. 25, n. 1, p. 61-78, 2015, p. 73.

[57] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe". Ecazú, 4 mar. 2018. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/acordodeescazu. Acesso em: 17 jan. 2021.

[58] IUCN. International Union for Conservation of Nature. "IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law". 2016. Disponível em: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/world_declaration_on_the_environmental_rule_of_law_final_2017-3-17.pdf. Acesso em: 8 jun. 2021.

natureza e proclama que "toda forma de vida é única, garantido o seu respeito, independentemente de sua utilidade para o homem" [59]. No ano 2000, foi lançada a Carta da Terra, que enuncia o respeito pela natureza e declara a responsabilidade dos povos da Terra "uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações" [60]. Sob essa vertente, a Cúpula Mundial da ONU de 2002 declarou a "responsabilidade com o outro, com a grande comunidade da vida e com nossos filhos" [61]. Bosselmann [62] registra tratar-se da primeira manifestação realizada em um documento de direito internacional com menção e respeito expresso à comunidade da vida.

Nessa trilha, os Direitos da Natureza, como consectários do paradigma ecocêntrico [63], têm encontrado cada vez mais receptividade em sede de direito comparado e internacional[64]. Pelizzon e Santiago[65] assinalam o seu reconhecimento, em âmbito constitucional, legal ou jurisprudencial, em diversos países, como Equador, Bolívia, Colômbia, Estados Unidos, Nova Zelândia, Índia, México, Austrália, Uganda e Bangladesh. Em 2020, o Comitê Econômico e Social Europeu publicou uma carta que apresenta um quadro para o reconhecimento dos Direitos da Natureza no âmbito da União Europeia como pré-requisito para o aperfeiçoamento da relação entre o ser humano e o seu *habitat*. O estudo ressalta que se o sistema jurídico não for transformado, é improvável que a UE alcance a meta de zerar as emissões de GEE até 2050[66].

---

[59] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/37/7". 28 out. 1982. Disponível em: <https://www.dh-cii.eu/0_content/investigao/files_CRDTLA/convencoes_tratados_etc/carta_mundial_da_natureza_de_28_de_outubro_de_1982.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

[60] BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. "Carta da Terra". 2000. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/carta-da-terra.html>. Acesso em: 5 set. 2019.

[61] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável". 2002. Disponível em: https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

[62] BOSSELMANN, Klaus. "O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança". Trad. Philip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61.

[63] LOURENÇO, Daniel Braga. "Qual o valor da natureza?" São Paulo: Elefante, 2019, p. 390.

[64] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Op Cit. p. 143.

[65] PELIZZON, Alexandre; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. "The 'harmony with nature' paradigm in Brazil". Revista Argumentum – RA, v.21, n. 1, jan/abr, p. 465-487, 2020.

[66] EESC. European Economic and Social Committee. "Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature Study". Disponível em: <http://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>. Acesso em: 17 jan. 2020.

Inobstante a repercussão global alcançada pelo tema nos últimos anos, o pioneirismo na consagração da Natureza como sujeito de direitos deve ser atribuído aos Estados Andinos. Esse feito ocupa lugar de relevo no Novo Constitucionalismo Latino-Americano, construído sobre os pilares de uma concepção decolonial e emancipadora das culturas e cosmovisões dos povos tradicionais. Os valores culturais e sociais indígenas conhecidos por *Buen Vivir* ou *Vivir Bien*, apresentam-se, segundo Acosta, como oportunidade de construção coletiva de "outros tipos de sociedades, sustentadas sobre uma convivência harmoniosa entre os seres humanos consigo mesmos e com a Natureza, a partir do reconhecimento dos diversos valores culturais existentes no planeta" [67].

Nesse contexto se inserem as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), as quais resultaram de processos políticos deflagrados por reivindicações sociais e têm por ideologia "[...] o respeito e equilíbrio da Sociedade com a Vida e com a Natureza", em contraposição à visão dominante e redutora segundo a qual o homem é o único sujeito de direitos [68]. No mesmo rumo segue a jurisprudência da Colômbia, a partir do reconhecimento de personalidade jurídica ao Rio Atrato, em 2016[69]; à Amazônia colombiana, em 2018[70] e ao Parque *Los Nevados,* em 2020[71]. No caso da compreensão da Amazônia como sujeito de direitos, a Corte Suprema Colombiana a concebeu como entidade titular da garantia de proteção, conservação, manutenção e restauração, pelo Estado e pelas entidades territoriais que a compõem.

---

[67] ACOSTA, Alberto. "O bem viver". Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016, p. 31-33.

[68] SOLDATI, Manoelle Brasil; SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; PASOLD, Cesar Luiz. "Novo constitucionalismo latino-americano: exemplo de acesso à água potável". In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; POMPEU, Gina Vidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 37-43.

[69] COLÔMBIA. Corte Constitucional. „Sentencia T-622/16". 2016. Disponível em: <https: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

[70] COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. „STC4360-2018 (2018-00319-01)". 2018. Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

[71] COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. „STL10716-2020. 2020". Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/12/01/corte-suprema-fija-plazo-de-un-ano-a-plan-de-rescate-del-parque-los-nevados/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

Nos termos do Relatório de Desenvolvimento Humano de 2020 das Nações Unidas, os desafios impostos diante do Antropoceno exigem a percepção de pertencimento da humanidade à natureza. O documento registra que as experiências indígenas e de comunidades locais têm realizado, de forma acoplada, avanços sociais, bem estar e preservação de ecossistemas. Conclui, pois, ser essencial garantir a esses povos proteção e espaço para autodeterminação. Assinala, ainda, a contribuição dos povos indígenas para a preservação da floresta Amazônica, a servir de modelo por meio do qual as decisões locais e soluções baseadas na natureza podem aliviar as pressões planetárias atinentes ao aquecimento global e à preservação da biodiversidade[72].

No julgamento do caso Nuestra Tierra vs. Argentina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH reconheceu expressamente o direito humano ao meio ambiente saudável, bem como sua interconexão com os direitos à alimentação adequada, à água e à identidade cultural dos povos indígenas[73]. Trata-se da primeira decisão na esfera contenciosa em que a Corte aplicou o entendimento anteriormente emitido na Opinião Consultiva nº 23/2017, por meio da qual foi dado um passo adiante no giro ecocêntrico do Direito Internacional Ambiental, de modo a impulsioná-lo rumo a um formato ecológico.

Na aludida manifestação, a CIDH versou sobre a proteção do meio ambiente sadio como direito autônomo, ao afirmar a tutela de seus componentes (bosques, rios, mares e outros) como interesses jurídicos em si mesmos e considerar a importância destes para os organismos vivos com quem compartilham o planeta[74]. A CIDH deixa claro, portanto, que a ampliação dos sujeitos da garantia fundamental ao meio ambiente equilibrado de nenhuma maneira reduz a proteção aos direitos humanos. Com efeito, como bem assevera Gudynas, "as duas abordagens de direitos

[72] UNDP. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. "Human development report 2020. The next frontier: Human development and the Anthropocene", New York. 2020. Disponível em: <https://www.hdr.undp.org/en/content/2020-human-development-report-next-frontier-human-development-and-anthropocene>. Acesso em: 21 jan. 2021.

[73] CIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. "Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina". Sentencia de 6 de Febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf. Acesso em: 8 out. 20201.

[74] CIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. "Opinião Consultiva nº 23/2017 sobre Meio ambiente e Direitos Humanos", pp. 28-29. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

sobre o meio ambiente são válidas, e é positivo que sejam mantidas e se articulem entre si" [75].

À luz dessas ideias, as discussões travadas nas COP's devem conduzir à edição de normas de Direito Internacional, de caráter vinculante, que, sob paradigma jurídico ecocêntrico, seja hábil a reconhecer e garantir, mediante compromissos e medidas concretas, o direito fundamental à integridade climática e ecológica a todos os seres humanos e à própria Terra, com respeito às diversidades culturais, proteção aos povos originários e à população vulnerável aos fenômenos extremos.

Os acordos climáticos devem, então, em consonância com o princípio da progressividade em matéria de direitos humanos (e também ecológicos), nortear o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais. No Brasil, a Lei **nº 12.187/2009 instituiu a Política Nacional dobre Mudança do Clima**[76]**. Embora reconheça esse avanço legislativo, a Comissão Econômica para América Latina e Caribe - CEPAL realça que o país deve** adicionar esforços na implementação dessa política no intuito de "reduzir a desflorestação na região amazônica e assegurar que as atividades econômicas tenham em devida conta os direitos dos povos indígenas e o respeito pelo ambiente e pela biodiversidade"[77].

Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda Constitucional nº 233/2019[78], com o escopo integrar a agenda climática de forma expressa no texto da Constituição Federal de 1988 e cuja aprovação se afigura, conforme Sarlet, conveniente e oportuna para que se introduzam no texto normas definidoras e impositivas de tarefas estatais destinadas a conferir aplicabilidade ao direito fundamental à proteção e promoção de condições climáticas íntegras e estáveis

---

[75] GUDYNAS, Eduardo. "Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais". Tradução de Igor Ojeda. São Paulo: Elefante, 2019, p. 52.

[76] BRASIL. Lei nº 12.187, de 26 de dezembro de 2009. "**Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências"**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm . Acesso em: 9 out. 2021.

[77] CEPAL - Comisión Económica para América Latina y el Caribe. "Cambio Climático y Derechos Humanos Contribuciones desde y para América Latina y El Caribe". 2019. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf. Acesso em: 9 out 2021.

[78] BRASIL. Congresso Nacional. "PEC nº 233/2019". Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-233-2019. Acesso em 9 out. 2021.

decorrentes direito-dever à proteção ambiental já inserto em seu artigo 225[79]

Dessarte, para integrar-se ao bloco de constitucionalidade multinível, que inclui os tratados internacionais e, em especial, os dedicados à causa ambiental e climática, seja no plano do sistema universal da ONU, seja na esfera regional do sistema interamericano, a PEC nº 233/2019 deve receber as irradiações do giro ecocêntrico e contribuir para a consolidação, no país, de um direito fundamental à integridade e estabilidade climática e ecológica que contemple as presentes e futuras gerações humanas e não humanas, além dos processos ecológicos essenciais, em reforço às prescrições já dispostas no artigo 225, I e VII da CF/88.

Conclusão

A emergência climática, causada pelas atividades antrópicas relacionadas às elevadas emissões de gases de efeito estufa e destruição das florestas, desequilibra o ecossistema planetário e ameaça de extinção inúmeras espécies, inclusive a humana. A COP 26 apresentou-se como oportunidade para que todos os Estados do globo somassem esforços por meio de acordo vinculante no qual fossem estipuladas medidas efetivas e hábeis a assegurar a estabilização da temperatura da Terra.

Entretanto, o Pacto Climático de Glasgow foi concebido como mais um "acordo de compromisso" a depender da vontade política de seus signatários para que seja capaz assegurar o limite de 1,5º C de aumento da temperature global. Inobstante ser possível reconhecer avanços advindos das negociações da COP26, tal como a criação do Observatório Internacional de Emissões de Metano (IMEO) e o anúncio de promessas atinentes à eliminação do desmatamento até 2030, o maior legado deixado pelo evento consiste no desafio lançado no sentido de se desenvolver de mecanismos hábeis a levar os Estados a cumprir os compromissos firmados e chegarem à COP27 com efetivos progressos efetivos a relatar e disposição para assumir posturas e ações climáticas concretas e mais ambiciosas, a fim de que sejam construídas normas internacionais aptas a conceber e assegurar um direito fundamental à integridade climática do qual depende a garantia dos

[79] SARLET, Ingo Wolfgang. "Direito fundamental a um clima estável e a PEC 233/2019". Conjur, 2020. Disponível em: ww.conjur.com.br/2020-dez-14/direto-fundamental-clima-estavel-pec-2332019. Acesso em: 9 out. 2021.

direitos humanos de toda a população do globo, como os direitos à vida, à saúde e a um meio ambiente equilibrado.

Haja vista que as medidas até então adotadas pelo Direito Internacional Ambiental à luz do modelo do desenvolvimento sustentável, ancorado em racionalidade econômica e antropocêntrica, não tem se mostrado suficientes à superação da crise sistêmica ora vivenciada, considera-se urgente que as tratativas internacionais, a partir da COP 26, passem a adotar paradigma jurídico de matriz ecocêntrica, a fim de reconhecer e assegurar o direito fundamental à integridade climática e ecológica a todos os seres humanos e à própria Terra e sua Natureza, com respeito às diversidades culturais, proteção aos povos originários e à população vulnerável aos fenômenos extremos.

Em consonância com o princípio da progressividade em matéria de direitos humanos, esse giro ecocêntrico deve nortear o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos nacionais. Sob essa perspectiva, no Brasil, para integrar-se ao bloco de constitucionalidade multinível, que inclui os tratados internacionais e, em especial, os dedicados à causa ambiental e climática, seja no plano do sistema universal da ONU, seja na esfera do sistema interamericano, a PEC nº 233/2019 deve acolher as irradiações do giro ecocêntrico e contribuir, assim, para a consolidação de um direito fundamental à integridade climática e ecológica que contemple as presentes e futuras gerações humanas e não humanas, além dos processos ecológicos essenciais, em reforço às prescrições já dispostas nos artigos 225, I e VII; 231 e 232 da Constituição Federal de 1988.

Referências

ACOSTA, Alberto. "O bem viver". Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

AWG - Antropocene Working Group. "Results of binding vote by AWG". Released 21st May 2019. Disponível em: https://www.quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/. Acesso em: 2 out. 2021.

BECK, Ulrich. "Sociedade de risco". Trad. Sebastião Nacimento. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOSSELMANN, Klaus. "O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança". Trad. Philip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. "PEC nº 233/2019". Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-233-2019. Acesso em 9 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.187, de 26 de dezembro de 2009. **"Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências"**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm . Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL**.** Ministério do Meio Ambiente. **"**Carta da Terra". 2000. Disponível em: https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/carta-da-terra.html. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRIDGEWATER, Peter; KIM, Rakhyun E.; BOSSELMANN, Klaus. "Ecological Integrity: A Relevant Concept for International Environmental Law in the Anthropocene?" In: Yearbook of international Environmental Law, v. 25, n. 1, p. 61-78, 2015, p. 73.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. "A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade". Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

CARBON BRIEF. "Analysis: Which countries are historically responsible for climate change?" Disponível em: https://www.carbonbrief.org/analysis-which-countries-are-historically-responsible-for-climate-change. Acesso em 9 out 2021.

CARDUCCI. Michele. "La ricerca dei caratteri differenziali della 'giustizia climatica'". Saggi – DPCE online, 2020/2 ISSN: 2037-6677.

CEARÁ. Casa Civil. "Ceará receberá a primeira usina de hidrogênio verde do Brasil com operação já em 2022". 1º de setembro de 2021. Disponível em: https://www.ceara.gov.br/2021/09/01/ceara-recebera-a-primeira-usina-de-hidrogenio-verde-do-brasil-com-operacao-ja-em-2022/. Acesso em 9 out 2021.

CEPAL - Comisión Económica para América Latina y el Caribe. "Cambio Climático y Derechos Humanos Contribuciones desde y para América Latina y El Caribe". 2019. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44970/4/S1901157_es.pdf. Acesso em: 9 out 2021.

CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. "Crise climática e o Green new deal global: a economia política para salvar o planeta". Tradução de Bruno Cobalchini Mattos. Rio de Janeiro: Roça Nova, 2020.

CIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**.** "Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina". Sentencia de 6 de Febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf. Acesso em: 8 out. 2021.

CIDH. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. "**Opinião Consultiva nº 23/2017 sobre Meio ambiente e Direitos Humanos", pp. 28-29. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. „Sentencia T-622/16". 2016. Disponível em: <https: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. „STC4360-2018 (2018-00319-01)". 2018. Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2018/04/05/corte-suprema-ordena-proteccion-inmediata-de-la-amazonia-colombiana/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. „STL10716-2020. 2020". Disponível em: <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2020/12/01/corte-suprema-fija-plazo-de-un-ano-a-plan-de-rescate-del-parque-los-nevados/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

DW. "La ONU reconoce el 'derecho a un medioambiente limpio, sano y sostenible'"**.**8 out 2021. **Disponível em:** https://www.dw.com/es/la-onu-reconoce-el-derecho-a-un-medioambiente-limpio-sano-y-sostenible/a-59453973**.** Acesso em: 10 out 2021.

EESC. European Economic and Social Committee**. "**Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature Study". Disponível em: <http://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>. Acesso em: 17 jan. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. "A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional". Trad. Carlo Coccioli, Máercio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GATTI. Luciana V. Et. All. "Amazonia as a carbon source linked to deforestation and climate change". NATURE. Jul/2021. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41586-021-03629-6. Acesso em: 9 out 2021.

GUDYNAS, Eduardo. "Direitos da Natureza: ética biocêntrica e políticas ambientais". Tradução de Igor Ojeda. São Paulo: Elefante, 2019.

HRW. Human Rigths Watch. "World Report 2021**"**. Disponível em: https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/brazil#09fe17. Acesso em: 14 jan. 2021.

IPBES. Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. "Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services". 2019. Disponível em: https://www.ipbes.net/event/ipbes-7-plenary/. Acesso em 05 jun 2020.

INPE. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. "PRODES – Monitoramento do Desmatamento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite". Disponível em: https://www.gov.br/inpe/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/dados-do-prodes. Acesso em: 28 nov. 2021.

IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. "Climate Change 2014: Synthesis Report". Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Disponível em: https://archive.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_wcover.pdf. Acesso em: 3 out 2021.

IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. "Climate Change 2021: The Physical Science Basis Summary for Policymakers". Working Group I contribution to the Sixth Assessment Report. Disponível em: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf. Acesso em: 3 out 2021.

IPCC -Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas. Reports. "First Assessment Report". Disponível em: www.ipcc.ch/reports/. Acesso em 4 out 2021.

IUCN. International Union for Conservation of Nature. "IUCN World Declaration on the Environmental Rule of Law". 2016. Disponível em: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/world_declaration_on_the_environmental_rule_of_law_final_2017-3-17.pdf. Acesso em: 8 jun. 2021.

ITO, Mumta. "Nature's Rights; Why the European Union Needs a Paradigm Shift in Law to Achieve Its 2050 Vision". In: Cameron La Follette and Chris Maser, eds. Sustainability and the Rights of Nature in Practice. New York: Taylor and Francis, p. 311-330.

LATOUR, Bruno. "Diante de gaia: oito conferências sobre a natureza no antropoceno". Trad. Maryalua Meyer. São Paulo: Ubu, 2020.

LEFF, Enrique. "Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza". Trad. Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LOURENÇO, Daniel Braga. "Qual o valor da natureza?" São Paulo: Elefante, 2019.

LUCITELLI, Dana. "Millions of times later, 97 percent climate consensus still faces denial". Bulletin of the atomic scientists. Disponível em: https://thebulletin.org/2019/08/millions-of-times-later-97-percent-climate-consensus-still-faces-denial/. Acesso em 3 out 2021.

MICHAELIS. "Dicionário brasileiro da língua portuguesa". Disponível em: https://www.michaelis.uol.com.br. Acesso em 3 out 2021.

MILARÉ, Édis. "Direito do ambiente". 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.598.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe". Ecazú, 4 mar. 2018. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/acordodeescazu. Acesso em: 17 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Conference of the Parties. "Draft decision -/CP.21. Adoption of the Paris agreement". 2015. Disponível em: https:// unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf. Acesso em: 5 out 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. "Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future". Disponível em: https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf. Acesso em 3 out 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. "Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/37/7 de 28 de Outubro de 1982".

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "United Nations Conference on Environment and Development". Rio de Janeiro, 3-14 jun. 1992. Disponível em: https://nacoesunidas.org/docs/meio-ambiente/. Acesso em: 23 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. "United Nations Conference on the human environment". Stockholm, 5-16 jun 1972. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html. Acesso em: 23 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. "Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável". 2002. Disponível em https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm. Acesso em 20 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". 1948. Disponível em https://nacoesunidas.org/docs/direitoshumanos/. Acesso em: 23 jun 2020.

PELIZZON, Alexandre; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. "The 'harmony with nature' paradigm in Brazil". Revista Argumentum – RA, v.21, n. 1, jan/abr, p. 465-487, 2020.

PROTOCOLO DE QUIOTO. 1997. Disponível em: https://mudancasclimaticas.cptec.inpe.br/~rmclima/pdfs/Protocolo_Quioto.pdf. Acesso em: 4 out 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Direito fundamental a um clima estável e a PEC 233/2019". Conjur, 2020. Disponível em: ww.conjur.com.br/2020-dez-14/direto-fundamental-clima-estavel-pec-2332019. Acesso em: 9 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. "Direito Constitucional Ecológico". 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SERGE, Latouche. "Pequeno tratado do decrescimento sereno". Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SOLDATI, Manoelle Brasil; SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; PASOLD, Cesar Luiz. "Novo constitucionalismo latino-americano: exemplo de acesso à água potável'. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; POMPEU, Gina Vidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **Gestão das águas**: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SPEIGHT, James G. "Climate Change Demystified". Beverly, MA: Scrivener Publishing, 2020, p. 213-222.

STOCKHOLM RESILIENCE CENTRE. Stockholm University. "Planetary boundaries". Disponível https://stockholmresilience.org/research/planetary-boundaries/the-nine-planetary-boundaries.html. Acesso em: 6 out 2021.

TIROLE, Jean. "Economia do bem comum". Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

UN - United Nations. UN Climate Change Conference UK 2021. COP 26. "Uniting the world to tackle climate change". Disponível em: https://ukcop26.org. Acesso em 6 out 2021.

UNDP. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Human development report 2020. "The next frontier: Human development and the Anthropocene", New York. 2020. Disponível em: https://www.hdr.undp.org/en/content/2020-human-development-report-next-frontier-human-development-and-anthropocene. Acesso em: 21 jan. 2021.

UNEP – United Nations Environment Programme. "COP26 ends with agreeent but falls short on climate action". Disponível em: https://www.unep.org/news-and-stories/story/cop26-ends-agreement-falls-short-climate-action. Acesso em 27 nov 2021.

UNEP – United Nations Environment Programme. "Rebuilding the ozone layer: how the world came together for the ultimate repair job". Disponível em: www.unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/como-o-mundo-se-uniu-para-reconstruir-camada-de-ozonio. Acesso em 6 out 2021.

UNFCCC – United Nations Framework Convention on Climate Change. "Glasgow Climate Pact". Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement. Draft decision-/CMA.3. 2021. Disponível em https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_L16_adv.pdf. Acesso em: 27 nov 2021.

5. EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PARA ALÉM DA JUDICIALIZAÇÃO E DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: O FOMENTO À MORADIA

LIABILITY FOR SOCIAL RIGHTS BEYOND JUDICIALIZATION AND THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES: HOUSING POLICY

https://doi.org/10.36592/9786581110642-05

Paulo Ricardo Schier[1]

Adriana da Costa Ricardo Schier[2]

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 consagrou um amplo catálogo de direitos fundamentais de todos os tipos. Tais direitos estão submetidos a um mesmo regime jurídico. Todavia os direitos sociais encontram mais obstáculos para a sua realização e efetivação. No Brasil a maioria da doutrina confere elevada ênfase ao debate sobre a realização dos direitos sociais pela via da judicialização e/ou pela via da prestação de serviços públicos. A tese central desse artigo procura chamar a atenção para outro foco: o da necessidade de também investir esforços para compreender que a realização dos direitos sociais pode decorrer de efeitos produzidos no plano da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que geram vinculação direta à Administração Pública e impõe atuação decorrente dos deveres de proteção e promoção mediante prestações normativas, fomento ou outros meios de formação de políticas públicas. Ou seja, as categorias de judicialização e prestação de serviços públicos não devem esgotar o debate sobre a realização dos

[1] Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná (Brasil). Estágio pós-doutoral pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, especialização, mestrado e doutorado (PPGD em Direitos Fundamentais e Democracia), da Escola de Direito e Relações Internacionais do Centro Universitário Autônomo UniBrasil. Pesquisador vinculado ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa "Constituição e Condições Materiais da Democracia". Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa "Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais". Professor do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar, da Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST e da Academia de Direito do Centro Europeu (Curitiba). Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/Pr. Advogado militante. Email: pauloschier@uol.com.br . ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8236-2694

[2] Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Brasil). Estágio pós-doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil). Professora de Direito Administrativo, em nível de graduação, mestrado e doutorado da Escola de Direito e Relações Internacionais do Centro Universitário Autônomo UniBrasil. Pesquisadora vinculada ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa "Constituição e Condições Materiais da Democracia". Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa "Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais". Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Professora do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogada militante. Email: adrianacrschier@uol.com.br

direitos sociais. A Administração Pública pode – na verdade trata-se de um dever – lançar mão de outros mecanismos para a satisfação de direitos sociais onde estará igualmente vinculada à normatividade superior da Constituição e seis princípios fundamentais. No caso, o instituto do fomento é trazido, ao final do estudo, como exemplo de satisfação do direito social à moradia através de mecanismo não usualmente discutido na academia.
PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Efetividade. Judicialização dos direitos sociais. Limites institucionais. Serviço público. Direito à moradia.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution enshrined a broad catalog of fundamental rights of all kinds. Such rights are subject to the same legal regime. However, social rights encounter more obstacles to their realization and effectiveness. In Brazil, most of the doctrine places a high emphasis on the debate on the realization of social rights through judicialization and / or through the provision of public services. The central thesis of this article seeks to draw attention to another focus: that of the need to also invest efforts to understand that the realization of social rights may result from effects produced at the level of the objective dimension of fundamental rights, which generate a direct link to Public Administration and imposes action arising from the duties of protection and promotion through normative provision, promotion or other means of forming public policies. In other words, the categories of judicialization and the provision of public services should not exhaust the debate on the realization of social rights. Public Administration may - in fact it is a duty - to resort to other mechanisms for the satisfaction of social rights where it will be equally linked to the superior normativity of the Constitution and six fundamental principles. In this case, the fostering institute is brought, at the end of the study, as an example of satisfaction of the social right to housing through a mechanism not usually discussed in the academy.
KEYWORDS: Social rights. Effectiveness. Judicialization of social rights. Institutional limits. Public service. Right to housing.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagrou extenso rol de direitos fundamentais conferindo, a todos eles, mediante regime jurídico unificado, a proteção das cláusulas pétreas e a garantia da aplicabilidade imediata. Nada obstante os direitos sociais, mormente os de natureza prestacional, por diversas razões sempre encontraram obstáculos para a sua realização.

A experiência brasileira, nesse contexto, encontrou na judicialização de direitos sociais prestacionais, através de demandas vinculadas com a tutela do

mínimo existencial ou eventualmente da dignidade humana, uma via para suprir o déficit de efetividade e exigibilidade desses direitos.

Se por um lado reconhece-se a legitimidade democrática do Poder Judiciário para esse tipo de atuação, por outro também são apontados limites a essa forma de realização de direitos sociais principalmente porque ela esbarra no problema das capacidades institucionais. A realização de direitos sociais prestacionais pela via judicial revela problemas como o da visão de túnel do Judiciário em relação às demandas que são colocadas, déficit de expertise dos juízes, tendência de liberalização e individualização dos direitos sociais, bem como a elitização da satisfação desses direitos.

Tais limites institucionais devem ser levados à sério, principalmente porque os direitos sociais prestacionais possuem características específicas, como a ideia de co-titularidade social, que os transformam em direitos que devem ser satisfeitos, primordialmente, de forma a possibilitar acesso universal, igualitário, gratuito ou mediante cobrança de tarifa módica e, evidentemente, com prestação contínua. Ou seja, a co-titularidade impõe o dever de satisfação através do chamado regime jurídico do serviço público adequado.

É comum, destarte, o debate sobre a realização dos direitos sociais transitar, de forma mais intensa, entre esses dois pontos: judicialização e/ou prestação de serviços públicos.

O objeto do presente trabalho é apontar para outras formas de satisfação dos direitos sociais prestacionais. O problema a ser enfrentado, destarte, reside no fato de que o foco na judicialização e/ou prestação de serviços públicos pode dificultar a compreensão do caráter complexo dos direitos fundamentais que permite a satisfação, por conta dos efeitos decorrentes da dimensão objetiva, através de outros meios, como sucede com a intervenção normativa (seja legislativa ou regulamentar – que também são formas de prestação) ou mediante a demanda de eficácia derrogatória (controle de constitucionalidade de políticas públicas), dentre outras manifestações.

Assim poder-se-ia compreender que a atividade regulamentar do Poder Executivo, por exemplo, para além de representar limitação aos direitos fundamentais também expressa a finalidade de realizar esses direitos. Exemplo

disso seria o a proibição da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, através da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC nº 56/2009), a qual proíbe o uso das denominadas câmaras de bronzeamento para fins estéticos, que ao mesmo tempo em que representa a restrição do direito fundamental à livre iniciativa também expressa a tutela do direito fundamental à saúde dos usuários dessa atividade econômica.

De idêntica forma, existem direitos fundamentais sociais prestacionais em relação aos quais não está acoplado qualquer tipo de prestação de serviço público. É o caso do direito à moradia. Nesse sítio não se pode imaginar, em princípio, a atuação estatal mediante a prestação de um serviço público específico. A satisfação desse direito poderá, então, decorrer de demandas individuais ou coletivas para se garantir instituição de políticas públicas ou mediante outras atividades da Administração Pública, como é o caso do fomento.

Com isso o trabalho apresenta o instituto do fomento, pinçado de forma exemplificativa, como instrumento que pode ser útil para a realização de direitos sociais prestacionais que não têm um serviço público acoplado de forma específica à sua realização.

O trabalho desenvolveu-se através dos métodos indutivo e dedutivo, com levantamento de bibliografia, análise de dados referentes ao processo de judicialização dos direitos sociais e seleção de legislação aplicável ao tema, bem como análise de panorama de decisões judiciais.

A conclusão confirma a hipótese de que é imprescindível revalorizar outros meios de satisfação dos direitos sociais prestacionais que ultrapassem as importantes perspectivas da judicialização e da prestação de serviços públicos.

2. Direitos fundamentais e os direitos sociais entre reserva do possível e mínimo existencial

A promulgação da Constituição Federal de 1988 possibilitou a instauração de um novo momento político e jurídico no Brasil[3]. Conhecida como "Constituição

[3]. As ideias centrais em relação a uma parte do desenvolvimento histórico do constitucionalismo brasileiro aqui apresentadas foram tomadas do seguinte texto: SCHIER, Paulo Ricardo.

Cidadã"[4], a lei fundamental em vigor consagrou a democracia, retomou o Estado de Direito, afirmou uma série de princípios fundamentais pautados na tutela da dignidade humana, do pluralismo político, da cidadania e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Enunciou, ainda, extenso rol de direitos fundamentais. Inovou, neste campo, ao incluir um significativo número de direitos sociais vinculados à ordem econômica, ao trabalho, seguridade social, meio ambiente e cultura, dentre outros.

Ao mesmo tempo em que garantiu direitos que já haviam sido incorporados[5] ao patrimônio histórico e jurídico da comunidade brasileira a Constituição de 1988 também apresentou algumas respostas para problemas do passado (como os repúdios à tortura, à censura, ao tratamento desumano ou cruel) e projetos para o futuro (erradicação da pobreza; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; busca do pleno emprego e outras propostas típicas de um constitucionalismo dirigente[6]). É possível afirmar que a Constituição do Brasil é uma resposta ao passado, uma garantia do presente e uma proposta para o futuro[7]. Trata-se de texto que, em seu conjunto, afirma o Estado Social[8]. É um documento analítico não por

---

Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (coord.) Direito constitucional brasileiro. Vol. 1. São Paulo: RT, 2014, pp. 87-102.

[4]. A expressão "Constituição Cidadã" foi utilizada pelo Deputado Federal Ulysses Guimarães – Presidente da Assembleia Nacional Constituinte - no discurso de promulgação da Constituição brasileira de 1988 e rapidamente se popularizou.

[5]. Em regra, direitos de índole liberal como a propriedade, a livre iniciativa, a liberdade etc.

[6]. A despeito das críticas formuladas ao constitucionalismo dirigente por José Joaquim Gomes Canotilho quando da publicação do prefácio da segunda edição de seu livro "*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*", é preciso salientar que durante importante debate, que resultou na publicação de específico livro no Brasil, o Professor Catedrático da Universidade de Coimbra declarou que sua afirmação deve ser entendida de forma contextualizada: "Uma coisa é dizer que estes princípios [do constitucionalismo dirigente] não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e económicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a Constituição dirigente não morreu" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Conferência***. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 130 p.).

[7]. A expressão é de Clèmerson Merlin Clève (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional e direito alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória)**. In: Direito Alternativo: Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: COAD, 1994).

[8]. A expressão "estado social", por certo, é vaga e polêmica. Utiliza-se aqui o sentido que lhe empresta Jorge Reis Novais, enquanto uma modalidade de estado de direito juridicamente orientado à realização de direitos fundamentais, aí incluídos direitos para além daqueles de índole liberal, mormente os direitos sociais, demandantes de uma intervenção estatal normativa e material (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006).

acidente ou preciosismo, mas por reflexo de seu caráter compromissório e plural. É uma Constituição, em suma, que transcende o sentido liberal do constitucionalismo na medida em que não se limita a definir as formas de fundamentação, legitimação e limitação do poder e os aspectos procedimentais de produção do Direito e tomada de decisões (ao lado de alguns poucos direitos de cunho negativo) [9]. Esta transcendência se expressa pela afirmação de uma extensa pauta de princípios e direitos prestacionais que substanciam verdadeiros valores da comunidade, ou uma reserva de Justiça[10], caracterizando a República brasileira como um Estado de Direito em sentido material, possibilitando a emergência de um verdadeiro Estado Constitucional[11].

Nesse contexto parece certo que os direitos fundamentais ocupam uma posição de centralidade no sistema constitucional brasileiro. Deveras, já o preâmbulo da Carta Constitucional enuncia, como objetivo central do processo constituinte, a necessidade 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". Ou seja, extrai-se já da força integradora do preâmbulo a posição de centralidade do conjunto de direitos fundamentais. Ademais, tais direitos ocupam posição topográfica privilegiada, aparecendo no texto constitucional já em seu Título II. Igualmente é de se considerar a relevância da declaração de inviolabilidade jurídica dos direitos fundamentais contida no art. 5º, caput, da Constituição Federal, bem como o fato desses direitos serem protegidos como cláusulas pétreas, integrarem o rol das cláusulas constitucionais sensíveis, submeterem-se a uma cláusula de abertura, possuírem a previsão de aplicação imediata e contarem com inúmeros instrumentos (garantias fundamentais e institucionais) para a sua proteção e promoção.

Esse quadro todo permite vislumbrar que, por sua importância, direitos

---

[9]. GRIMM, Dieter. ***Constitucionalismo y derechos fundamentales***. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006, p. 29.

[10]. VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, especialmente o capítulo 9.

[11]. A ideia de estado de direito material enquanto estado de justiça foi inicialmente colocada por José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTLHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 114).

fundamentais se submetem a um regime jurídico especial de proteção e realização que não se estende aos direitos ordinários. Esse regime jurídico, conforme entendimento majoritário, aplica-se a todas as categorias de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, (i) sejam eles individuais, coletivos, sociais econômicos, culturais, difusos etc., (ii) sejam direitos fundamentais dentro ou fora do catálogo, (iii) explícitos ou implícitos, (iv) em sede constitucional ou em sede de tratados internacionais de direitos humanos, (v) com estrutura de direitos de defesa ou prestacionais, (vi) aplicáveis nas relações entre particulares ou no tradicional vetor vertical (das relações entre estado com os cidadãos) e, enfim, com isso se nota a unicidade do se designa como jusfundamentalidade formal dos direitos constitucionais[12].

Apesar da unicidade de regime jurídico é curioso notar que, por inúmeras razões históricas – e também dogmáticas – há um forte déficit no plano da realização, efetivação e exigibilidade dos direitos sociais. Enquanto os direitos de índole liberal são sempre percebidos como direitos de defesa, que não geram custos para o Estado, os sociais são costumeiramente gravados pela ideia de serem direitos que possuem custos, carentes de uma regulamentação/mediação legislativa, dependentes de políticas públicas e prestação de serviços públicos, não exigíveis judicialmente (ou apenas de forma limitada por essa via). Antes disso já foram "acusados" de serem disposições principiológicas destituídas de normatividade, servindo apenas de "conselhos ao legislador", ou de serem normas que, apesar de jurídicas e reconhecidas pela Constituição, exigiriam uma segunda rodada de negociação para serem implantados eis que possuem forte caráter discricionário. Se fosse possível resumir o quadro das dificuldades de afirmação dos direitos sociais a expressão "reserva do possível" condensaria bem a ideia[13].

---

[12]. Nesse sentido e por todos, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, especialmente p. 74-78 e 280-365. Em sentido diverso, representando posição minoritária: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito humanos fundamentais,** São Paulo: Saraiva, 1995, especialmente capítulo 7.

[13]. Parte das ideias ora trazidas sobre as relações entre reserva do possível e mínimo existencial foram extraídas de: SCHIER, Paulo Ricardo & SCHIER, Adriana da Costa. **Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação**. In: Revista A&C. Ano 18 - n. 74, outubro/dezembro – 2018, Belo Horizonte, p. 67-96. ISSN 1516-3210. DOI: 10.21056/aec.v19i74.

Deveras, principalmente por decorrência de uma questão estrutural (amplamente reconhecida) grande parte dos direitos sociais - não todos - possui natureza prestacional, enquanto os direitos de defesa se revelam através de um *status* negativo (direitos abstencionais), exigindo normalmente do Estado e dos cidadãos um não fazer. Assim, direitos sociais, em princípio, seriam direitos economicamente relevantes[14].

Ademais, por outro lado, a mesma Constituição que garante essa enorme gama de direitos fundamentais também garante, dentre eles, a propriedade privada e inúmeros outros direitos e princípios vinculados à proteção do mercado e da livre iniciativa (como é típico em estados capitalistas). E por isso a Constituição brasileira prevê limites à capacidade de tributação do Estado e, como consequência, limites no que tange com a capacidade de realização dos direitos sociais prestacionais.

Entre necessidade de atuação do Estado e a limitação da atividade tributária, genericamente fala-se na dificuldade de custeio dos direitos sociais de cunho prestacional, de onde emerge a conhecida locução "o cobertor é curto" ("*The blanket is short*")[15].

É evidente que esse problema não é exclusivo dos direitos sociais. Desde Cass Sunstein e Holmes[16] e, no Brasil, Gustavo Amaral[17], Flávio Galdino[18] e Ingo Wolfgang Sarlet[19], por exemplo, sabe-se que os direitos individuais, inclusive os direitos tradicionalmente tidos como direitos de defesa, possuem também um custo. É preciso, logo, superar o mito de que os direitos individuais de defesa são direitos "economicamente neutros".

---

14. LEIVAS, Paulo Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

15. SUNSTEIN, Cass & HOLMES, Stephen. The cost of rights. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company , 2000.

16. Idem. Op. Cit., cap. 1.

17. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

18. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos** – Direitos não nascem em árvore. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

19. SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53. Conferir também: BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Vol. 11, n. 46, 2011.

Por exemplo, direitos de defesa dependem muitas vezes de garantias institucionais bastante custosas para serem protegidos e realizados. Logo, vê-se que grande parte dessa discussão é revestida de forte caráter ideológico[20].

Apesar disso, ou seja, apesar dos direitos individuais possuírem também custo para o Estado, em relação a ele e contra ele normalmente não são colocados, ao menos aqui no Brasil, argumentos vinculados com a existência de barreiras ou limitações econômicas para bloquear a atuação estatal e a realização judicial. Não se vê, por exemplo, autocontenção judicial na condenação de indenizações milionárias em demandas de particulares contra o Poder Público (e não se está aqui a falar de simples ações para exigir cumprimento de contrato ou aplicação de multas ou juros por atraso ou inadimplência).

Mas no que tange com os direitos sociais prestacionais, ao contrário, talvez com exceção em relação a alguns direitos sociais que Dietrich Murswiek[21] designa como direitos sociais economicamente neutros - que seriam aqueles diretamente financiados por recursos públicos advindos das receitas tributárias – o debate sobre o custo dos direitos é sempre presente.

E do que se fala, então, quando se debate reserva do possível, principal cláusula limitadora à satisfação dos direitos sociais? Ora, a discussão sobre reserva do possível, de acordo com Christian Starck[22], está diretamente vinculada com a análise de algumas **questões fáticas**, sejam econômicas (como a escassez de recursos) ou sejam políticas (envolvendo as escolhas ideológicas sobre quais direitos satisfazer e em que grau), e algumas **questões jurídicas**, pois eventualmente os recursos para a satisfação dos direitos sociais podem existir, mas o Poder Público eventualmente não pode utiliza-los por decorrência de omissão legislativa (falta de

---

[20]. SUNSTEIN, Cass e HOLMES, Stephen. Op. Cit., p. 35-49.

[21]. MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. *In*: ISENSEE-P. Kirchhof (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. v. 5, p. 243 e ss. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: Revista de Doutrina TRF4, vol. 24, 2008, acessível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html.

[22] . STARCK, Christian. Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen? *In*: STARCK, Christian (org). **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anla des 25 jëhrigen Bestehens des Bundesverfassungsrerichts**. v. II. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. p. 480 e ss. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. Cit., p. 17.

lei) ou, por exemplo, em face de limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. É preciso, pois, entender os contornos constitucionais desse debate no contexto brasileiro. Todavia, é preciso compreender essa discussão desde sua origem na Alemanha.

A ideia de existência de uma cláusula da reserva do possível foi desenvolvida a partir da jurisprudência alemã, no início da década de 70 do Século passado. Diversas decisões do Tribunal Constitucional Alemão afirmavam, nessa época, que a efetivação dos direitos sociais a prestações materiais está sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que dependem de financiamento pelos cofres públicos. A partir dessa premissa, o Tribunal Constitucional Alemão extraiu três conclusões a seguir resumidas[23]. Por primeiro, (i) a disponibilidade de recursos e a decisão sobre sua utilização e direcionamento residem no campo das decisões governamentais. Logo, a decisão sobre quais direitos efetivar e em qual intensidade situa-se num campo da discricionariedade. Em segundo lugar, (ii) partindo-se de dada concepção de Estado de Direito e de legalidade, reconhece-se que o Estado só pode atuar nos termos da lei, e portanto as limitações impostas por leis financeiras, orçamentárias, tributárias, e as políticas públicas existentes, são limites jurídicos que não podem ser superados quando se discute efetivação de direitos sociais. Logo, a reserva do possível projeta-se também para uma dimensão jurídica. Por fim, (iii) e aqui principalmente depois da discussão, que houve envolvendo o direito de acesso ao ensino superior, algumas decisões concluíam que, no campo dos direitos sociais, ainda que o Estado disponha de recursos, e ainda que tenha poder de disposição jurídica desses recursos, não se pode falar em obrigação do Estado prestar algo que não seja razoável. Logo, no campo da reserva do possível, passa-se também a falar de "limite da prestação razoável". Por exemplo, nesta dimensão a reserva do possível impediria que se impusesse ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício.

Trata-se, portanto, a chamada cláusula da reserva do possível, de importante princípio que se projeta no plano do regime jurídico dos direitos sociais. Princípio implícito, certamente, mas dotado de evidente razoabilidade e racionalidade.

---

[23]. SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. Cit., p. 19-23.

Sua dimensão fática expressa uma deferência ao princípio democrático. Sua dimensão jurídica expressa uma deferência e respeito às opções legislativas e ao Estado de Direito. E a dimensão da proporcionalidade da prestação exigida, além de refletir o próprio princípio da proporcionalidade, que impõe a verificação da necessidade e adequação da limitação no caso concreto.

Apesar disso, ou seja, apesar da justificada racionalidade constitucional da cláusula da reserva do possível, é preciso certo cuidado no que tange com a sua aplicação e manipulação. Afirma-se isso pois, caso se admita uma sua invocação abstrata, como normalmente ocorre no Brasil, a reserva do possível pode assumir (e tem assumido e muitos casos) o caráter de barreira intransponível no âmbito de realização dos direitos sociais, mormente no campo de sua implantação judicial.

E aqui reside o equívoco e o perigo. Se a reserva do possível for compreendida como cláusula insuperável, apesar de possuir certa racionalidade democrática, será possível criar uma perigosa espécie de princípio da supremacia da discricionariedade política ou supremacia da reserva do possível em face dos direitos sociais. Referidos direitos, neste quadro, teriam um normatividade fraca, uma aplicabilidade *soft*, na medida em que somente poderiam ser realizados naquelas situações em que a reserva do possível não é invocada como limite, bem como só poderiam ser exigidos "na forma da lei e das políticas públicas", impedindo que o Poder Judiciário tenha acesso direto à normatividade constitucional (ainda no que tange com a eficácia mínima).

Não sem razão, então, tem-se afirmado no Brasil que é preciso levar a sério os direitos sociais. Não poucos discursos, teorias, decisões etc. têm salientado que direitos sociais são normas jurídicas que podem ser exigidas com suporte direto nas disposições constitucionais e, bem por serem normas jurídicas, devem produzir algum nível eficacial, ainda que mínimo, que independa de legislação e políticas públicas. E, por outro lado, levar a sério os direitos sociais prestacionais não pode se resumir, igualmente, em uma leitura unilateral que autorize o Poder Judiciário a realiza-los em toda a sua extensão, a qualquer custo, mesmo contra a lei ou a despeito da lei. Ou seja, levar a sério os direitos sociais implica levar a sério também o problema da escassez de recursos, mas sem que isso signifique entronizar (sobrevalorizar) a reserva do possível num patamar de cláusula insuperável.

E é evidente que falar em restrições à reserva do possível não implica dizer que referida cláusula seja uma mera falácia (*inconsistent argument*), como alguns sustentam no Brasil. Falacioso é o uso genérico e abstrato, muitas vezes destituído de qualquer critério, que por vezes a Administração Pública brasileira faz deste princípio.

Por esta razão, a análise da reserva do possível, no contexto da Constituição brasileira, há de ser circundada por determinados cuidados e premissas que, se não têm o poder de anular o seu sentido prático, auxiliam (ajudam) a construir uma compreensão constitucional adequada sobre seu significado. No Brasil é o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet[24] que, de forma bastante clara, aponta alguns possíveis parâmetros para a aplicação da reserva do possível.

É, contudo, na sede das relações entre reserva do possível e mínimo existencial que o tema tem se mostrado ainda mais delicado e assumido dimensões extremamente complexas. Há, atualmente, no quadro da doutrina e da jurisprudência brasileiras (com louváveis exceções), um certo acordo no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada em face de situações em que esteja em jogo o mínimo existencial.

Esta linha de pensamento defende que direitos sociais, por serem normas jurídicas gravadas pela supremacia constitucional, por serem cláusulas pétreas e por terem aplicabilidade imediata, dentre outros fatores, não podem ficar totalmente à disposição da boa vontade do legislador. Se isso fosse admitido, tal significaria negar força normativa à constituição e aos direitos sociais, como restou assentado anteriormente. Por consequência, seria preciso reconhecer que, como norma jurídica, os direitos sociais devem produzir algum tipo de eficácia, ainda que mínima, que não fique na dependência de decisões governamentais. E essa eficácia mínima dos direitos sociais seria o mínimo existencial (embora certa doutrina e jurisprudência defendam, aqui, que a eficácia positiva mínima deva estar vinculada com uma concepção mais ampliada de dignidade humana).

Por isso, reconhecer que o mínimo existencial deve ser realizado mesmo sem lei, mesmo sem orçamento, mesmo sem política pública ou, inclusive contra a

[24]. SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. Cit., p. 21 e ss.

política pública instituída, seria uma exigência da força normativa da constituição. Em relação a este tipo de tese, algumas precauções devem ser tomadas.

Assim como restou salientado, anteriormente, que não se pode admitir uma supremacia da reserva do possível sobre os direitos sociais, de igual modo uma concepção adequada do sistema constitucional brasileiro não admitiria a existência de uma supremacia do mínimo existencial sobre a reserva do possível. Aqui, está-se pressupondo a inadmissibilidade da chamada *tábua hierárquica de valores*, tão rechaçada na tradição do constitucionalismo contemporâneo[25].

Por esta razão tem-se que considerar que o mínimo existencial, *prima facie*, e apenas *prima facie*, até pode gozar de uma certa "preferência". Seja por decorrência de razões éticas, morais, de tradição, de cultura, de opções axiológicas, da existência de inúmeras decisões judiciais que estabeleceram o que Robert Alexy chamaria de precedentes condicionados[26], e assim por diante.

Todavia a força dessa preferência (ou precedência) não pode gerar uma insuperabilidade do mínimo existencial, pois isso representaria a criação de uma tábua axiológica de valores na Constituição, o que é incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito, como há muito se reconhece na jurisprudência de diversos tribunais constitucionais, inclusive na jurisprudência brasileira do STF, e em importantes trabalhos doutrinários (cabendo aqui destacar a obra de Friedrich Muller[27]).

E bem nesta linha - e aqui é necessário reconhecer uma das grandes virtudes do pioneirismo da obra de Gustavo Amaral[28], no cenário nacional - não se pode olvidar que a reserva do possível, se for compreendida de forma adequada, em verdade expressa também a proteção de direitos sociais e, por isso, igualmente serve como fundamento de proteção do mínimo existencial.

---

[25]. Sobre a tradição de não aceitação de existência de uma tábua hierárquica de valores na constituição consultar, dentre outros: MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de direitos fundamentais**: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. Revista Sequência, Vol. 25, n. 48, 2004.

[26]. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, cap. 3.

[27].MULLER, Friedrich**. Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 28-38.

[28]. AMARAL, Gustavo. Op. Cit., cap. 3.

Isto porque o legislador, ao definir suas políticas públicas, democraticamente, através da lei, não está apenas tomando uma decisão abstrata sobre a utilização de recursos. Quando ele decide suas políticas ele está, igualmente, decidindo sobre o como satisfazer o mínimo existencial, não de um cidadão, mas de uma universalidade deles, sopesando os recursos que possui, os meios que possui, os objetivos que pretende atingir, etc[29].

Então, a reiterada absolutização do mínimo existencial no âmbito judicial, em inúmeras demandas individuais, como é possível observar no Brasil, pode representar um aviltamento (flexibilização) da satisfação do mínimo existencial pensado num âmbito mais público, mais universal, ou, propriamente, mais social. Isso, ademais, sem falar das críticas no que tange com a dificuldade de controle em relação à própria concepção de mínimo existencial, do velho risco de decisionismo, do desmantelamento de políticas públicas, do *déficit* democrático do Judiciário, da visão de túnel, da questão das escolhas trágicas, do *déficit* de expertise do Poder Judiciário em determinadas matérias etc. Os limites das capacidades institucionais do Judiciário, nesse plano, não são desprezíveis.

O quadro jurisprudencial brasileiro, portanto, pode trazer o risco do que se pode chamar de "liberalização", ou de "elitização" dos direitos sociais, eis que a constante concessão de provimentos judiciais no campo dos direitos sociais prestacionais, envolvendo o mínimo existencial, eventualmente pode determinar o direcionamento dos recursos públicos (i) ou para uma elite (econômica ou cultural) que tem acesso ao Poder Judiciário, (ii) ou criar uma preferência para a satisfação dos direitos sociais de forma individualizada, eis que a quase unanimidade das demandas envolvendo a satisfação do mínimo existencial no plano judicial são demandas individuais, e não coletivas[30]. Trata-se de um problema que impõe reflexão mais séria e coloca dilemas sobre a forma de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais: se mediante políticas públicas ou pela via judicial; se restrita às opções do legislador ou também vinculada a decisões concretas do Judiciário.

---

[29]. HACHEM, Daniel Wunder. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.
[30]. HACHEM, Daniel Wunder. Idem.

Como se nota, nessa toada, o debate em torno da reserva do possível é o debate sobre a própria essência da democracia e sobre a forma de satisfação dos direitos fundamentais sociais: entre a satisfação de um direito social, em plano individual, devidamente judicializado com parâmetro no mínimo existencial ou na dignidade humana e a satisfação de direitos sociais no âmbito da universalidade, de forma igualitária, nos moldes das opções definidas pelas políticas e serviços públicos[31].

O debate brasileiro, tanto no Direito Constitucional como no Direito Administrativo, embora com louváveis exceções, encontra-se polarizado entre essas duas tendências. A daqueles que defendem a preferência pela satisfação dos direitos sociais positivos mediante a prestação de serviços públicos, respeitando-se as opções políticas democráticas e demais elementos envolvidos no debate da reserva do possível e a daqueles que defendem a todo custo a judicialização, sustentando uma preferência de "subjetivicação" dos direitos fundamentais (inclusive os sociais), ainda que pela via da tutela do mínimo existencial.

Como se antecipou, a via da judicialização, embora dotada de legitimidade nas perspectivas formal e substancial, encontra limites[32]. O amplo processo de judicialização de direitos sociais prestacionais que foi observado no Brasil[33] revelou o problema das capacidades institucionais do Poder Judiciário. A própria necessidade de respeito à cláusula da reserva do possível é um desses limites institucionais. Com efeito, como se antecipou, a cláusula da reserva do possível não

---

[31]. HACHEM, Daniel Wunder. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico** – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003).

[32]. Algumas ideias sobre o amplo processo de judicialização de direitos no Brasil, seus impactos e críticas foram diretamente extraídos de: SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 34-46.

[33]. Não são poucos os estudos no Brasil que analisam o fenômeno da judicialização dos direitos sociais e apontam severas críticas à intensidade e modo como vem ocorrendo. Dentre outros, exemplificativamente: ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira**: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury. (org.) Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; AMARAL, Gustavo. Op. Cit.; APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia**.** Belo Horizonte: Fórum, 2007; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Direito a Prestações de Saúde**: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, dentre tantos outros.

é uma simples barreira econômica invocada contra os direitos fundamentais[34]. Ao contrário, a reserva do possível em verdade se revela como uma forma de realização dos direitos fundamentais através de políticas públicas prioritárias previamente deliberadas e democraticamente aprovadas em um conjunto de procedimentos decisórios que envolvem as relações entre Executivo e Legislativo[35]. A reserva do possível, logo, coloca a discussão entre formas diferentes de realização dos direitos fundamentais, entre aquela através de políticas públicas dotadas de universalidade e a judicial, de forma normalmente individual[36].

Quando se afirma, igualmente, que a implantação dos direitos fundamentais prestacionais pela via judicial pode determinar uma liberalização ou individualização dos direitos sociais, está-se a denunciar que a intervenção judicial, neste campo, satisfaz direitos subjetivos – é verdade, mas não realiza e nem define políticas públicas, mormente porque sua atuação e suas decisões em regra não são planejadas e nem universais e, raramente, são proferidas em demandas coletivas[37].

Aliás, o mesmo debate aparece quando se fala que o excesso de judicialização representa uma elitização dos direitos sociais. Não são poucos os estudos[38] que demonstram que a maioria das demandas no campo de direitos sociais são propostas em regiões ricas de cidades ricas e, em regra, por pessoas de alto poder aquisitivo[39]. O volume dessas demandas em municípios mais pobres ou nas regiões mais pobres das grandes cidades é relativamente reduzido. Isso no mínimo revela que a satisfação de direitos sociais através das políticas públicas quiçá cumpre melhor o papel do Estado em relação à distribuição da riqueza e das oportunidades, na busca do desenvolvimento nacional proposto pela Constituição de 1988. Vê-se,

---

34. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. E-book. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
35. Taylor, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. *Dados*, *50*(2), 229-257. In: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&tlng=pt.
36. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos** – Direitos não nascem em árvore**.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
37. Taylor, Matthew M. Op. Cit, p. 45.
38. Dentre outros, por exemplo: ROCHA, Leonel Severo & WEBBER, Suelen da Silva. **Acesso à Justiça e Saúde Pública**: os números e os contextos da judicialização da saúde no Brasil. In: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4766154cea472a15.
39. Dados do Ministério da Saúde: http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf

em verdade, uma satisfação tendencialmente elitista e liberalizadora no processo de realização dos direitos na via do Poder Judiciário[40].

Esse quadro dos limites das capacidades institucionais do Poder Judiciário é sério. Como se afirmou, ele não deslegitima a satisfação de direitos sociais pela via judicial mas revela a necessidade de reflexão pois, em última análise, a intervenção judicial nessa sede em verdade está mais voltada para a afirmação de direitos individuais ou dimensões individuais dos direitos sociais (a compreensão do mínimo existencial, em qualquer modelo, sempre parte da necessidade de tutelar a vida em sua dimensão bio-existencial ou a integridade física).

Essa constatação se torna ainda forte quando se percebe que não se pode confundir a satisfação de direitos sociais com a satisfação individualizada do mínimo existencial. Isso porque é uma importante nota distintiva dos direitos sociais exatamente a ideia de sua co-titularidade. A redução de direitos sociais à categoria de direito subjetivo individualmente demandável não dá conta de explicar o sentido histórico dos direitos sociais como categoria apta a "superar" os limites jurídicos do liberalismo (onde o direito fundamental manifesta-se com uma perspectiva egoísta, patrimonialista e individualista em seu exercício e satisfação). O que se chama como co-titularidade social dos direitos sociais expressa exatamente a ideia de que esses direitos (direitos sociais) podem se manifestar e serem fruídos individualmente mas, ao mesmo tempo, a sociedade – como um todo – é que é também e sempre titular necessária dos interesses em jogo[41].

Em feliz síntese Liana Cirne Lins expressa que "a co-titularidade social dos direitos sociais parte da crítica à aplicação da categoria de direito subjetivo como um equívoco que, a despeito de bem-intencionado, finda por reduzir a esfera de exigibilidade dos direitos sociais e por deturpar-lhe o sentido." [42] E continua a autora:

---

[40]. Nesse sentido consultar o relevante trabalho de: LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais** sociais. Acessível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/direitos_sociais_processo.pdf. Conferir também: http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml .

[41]. LINS, Liana Cirne. **Da titularidade à co-titularidade dos direitos fundamentais sociais: pressuposto à adequação procedimental da sua tutela. In: Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 33.1, jan./jun. 2013.

[42]. Idem, ibidem.

"os serviços públicos caracterizadores dos direitos sociais não foram formulados para ser desfrutados isoladamente. Foram formulados para ser desfrutados por toda coletividade, não pela lógica da exclusão, mas pela lógica da inclusão"[43]. Lins prossegue aduzindo que "naturalmente que numa sociedade em que os direitos sociais são respeitados e todos têm acesso aos serviços públicos básicos, tais como educação e saúde, cada indivíduo goza das condições necessárias ao desenvolvimento da sua personalidade (sem exclusão do mesmo gozo pelos demais)."[44] Tal característica, contudo, "não legitima cada indivíduo a exigir do Estado condições sociais para desenvolvimento de sua personalidade isoladamente, quer dizer, à exclusão de todos os demais. Tais direitos foram, de fato, desenvolvidos para atender toda coletividade, respeitando-se os princípios que norteiam o atendimento aos serviços públicos, vale dizer, universalidade e impessoalidade."[45] Por certo, a autora nega o direito de acesso ao Judiciário a indivíduos que estejam alijados de um determinado serviço público. Ao contrário, afirma que "Alguém que tem sua dignidade em risco pode e deve alegar a titularidade do direito social necessário à manutenção ou recuperação de sua dignidade."[46] Porém, faz a ressalva de que "tal titularidade individual é meramente residual, inclusive pelos problemas inerentes ao privilegiamento de um indivíduo isoladamente em detrimento dos demais, quando este obteve uma sentença judicial que os demais, por inúmeras razões, não puderam obter."[47] E conclui: "A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea –, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial"[48].

Como se observa, a noção de co-titularidade social não nega a possibilidade dos direitos sociais se manifestarem, eventualmente, como direitos subjetivos individualizáveis, mas antes denota a insuficiência de uma eventual redução dos

43. Idem, ibidem.
44. Idem, ibidem.
45. Idem, ibidem.
46. Idem, ibidem.
47. Idem, ibidem.
48. Idem, ibidem.

direitos sociais às dimensões individuais. A co-titularidade social dos direitos sociais impõe a satisfação desses direitos preferencialmente pela via de políticas públicas e prestação de serviços públicos gravados pela universalidade, pela igualdade de acesso, pela gratuidade da prestação ou modicidade tarifária e pela continuidade. Ou seja, a co-titularidade social desloca a satisfação dos direitos sociais preferencialmente para o campo do serviço público, mas sem negar a individualização nos casos extremos em que estejam sob ameaça o mínimo existencial ou a dignidade humana.

Tese muito similar à essa da co-titularidade também é defendida por Daniel Wunder Hachem[49]. De acordo com o autor, "com base (i) na distinção entre "direito fundamental como um todo" e "pretensões jurídicas jusfundamentais", (ii) na multifuncionalidade dos direitos fundamentais, e (iii) na dupla dimensão (subjetiva e objetiva) desses direitos, defende-se que todos os direitos fundamentais apresentam uma dupla titularidade. Sustenta-se que, em cada direito fundamental, algumas das pretensões dele decorrentes revelam-se como posições subjetivas exigíveis individualmente, ao passo que outras encontram-se associadas à dimensão objetiva do direito, possuindo titularidade transindividual. Diante disso, todo direito fundamental, quando considerado em sua integralidade, exibirá tanto uma faceta individual quanto uma feição transindividual, a depender da pretensão em análise"[50]. Assim, a forma de realização e satisfação dos direitos fundamentais pode encontrar soluções diversas daquela da judicialização (individual ou coletiva).

Todavia a potencialidade da categoria de co-titularidade dos direitos sociais traz ainda outra importante pontuação. Ela faz transcender o debate da efetivação dos direitos sociais dessa dicotomia entre satisfação mediante judicialização *versus* satisfação mediante prestação de serviços públicos. Ela possibilita lançar um olhar renovado sobre as potencialidades do que se designa chamar de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

A chamada dupla dimensão dos direitos fundamentais, como afirma Ingo

---

[49] . HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, V. 14, 2, 2013.

[50]. HACHEM, Daniel Wunder. Idem.

Wolfgang Sarlet[51], na prática reconhece que tais direitos ao mesmo tempo funcionam como regras e como princípios e isso implica na atribuição de uma "mais-valia" a esses direitos. Diz-se isso pois ao se reconhecer a existência de uma dimensão objetiva, dela se extrai efeitos adicionais aos direitos fundamentais, tais como: (i) a ideia de que direitos fundamentais não se limitam à categoria de direitos subjetivos; (ii) direitos fundamentais projetam uma heterovinculatividade, (iii) direitos fundamentais são valores da comunidade; (iv) direitos fundamentais produzem eficácia irradiante; (iv) direitos fundamentais são parâmetros de controle de legitimidade e validade das leis e atos administrativos produzindo, assim, eficácia derrogatória; (v) direitos fundamentais geram deveres de proteção, promoção e realização pelo Estado; (vi) direitos fundamentais servem como limites para o exercício de outros direitos fundamentais; (vii) direitos fundamentais servem fundamentação para interpretações extensivas do conteúdo de outros direitos fundamentais; (viii) direitos fundamentais geram eficácia dirigente na formação de políticas públicas e decisões estatais, (ix) da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorre a figura jurídica das chamadas garantias institucionais e (x) direitos fundamentais funcionam como parâmetros para a criação e constituição de organizações ou instituições estatais e para o procedimento[52]. Esses são alguns dos efeitos – não todos – que podem decorrer da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Como se observa, nem todos esses efeitos podem ser reconduzidos à categoria de direito subjetivo legitimador de uma demanda específica em face do Estado. Isso fica bem claro, por exemplo, em face dos efeitos decorrentes dos deveres de proteção e promoção do Estado, que não são judicializáveis e nem individualizáveis de uma forma específica.

Com isso busca-se sustentar que a satisfação de direitos sociais pode e deve transcender a ideia de que tais direitos esgotam as possibilidades de realização apenas mediante a prestação de serviços públicos ou mediante judicialização. Os efeitos que decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais projetam-se

---

51. SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia... cit.**, p. 152-155.
52. Idem, ibidem.

para outros campos de atuação da Administração Pública que, tradicionalmente, têm sido deixados em plano secundário.

Por exemplo, Márcia Rosa de Lima[53] sustenta a tese de que a atividade regulamentar do Estado pode ser instrumento de promoção do direito à saúde. De acordo com a autora, com base nos deveres de proteção do Estado – projeção de efeitos da dimensão objetiva – a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, editou a Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 56/2009, que proibiu o uso das denominadas câmaras de bronzeamento para fins estéticos. De acordo com a pesquisadora a atividade regulamentar, que usualmente é tipificada como atividade de limitação/restrição de direitos, nesse caso serve como instrumento para a promoção do direito à saúde e integridade física. Trata-se, logo, de decisão que decorre diretamente dos efeitos da dimensão objetiva através de mecanismo não-judicial. É manifestação, em última análise, do que Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo[54] chamam de "obrigações derivadas", como seria a obrigação de expedir normas regulatórias. Isso significa que da dimensão objetiva decorre o dever do Estado legislar e regulamentar o exercício e a proteção dos direitos fundamentais, mas isso não gera para o cidadão direito subjetivo de exigir uma conteúdo específico dessa regulamentação.

Daniel Wunder Hachem é outro pesquisador que, a partir de efeitos que decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem buscado soluções para a realização/efetivação dos direitos (inclusive os sociais) para além das perspectivas de subjetivação/judicialização ou prestação de serviços públicos[55]. Nesse sentido, a tese principal de seu doutoramento apresenta uma série de efeitos administrativos que podem ser extraídos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dentre eles efeitos positivos e negativos da vinculação direta da Administração Pública aos direitos sociais[56].

---

[53]. LIMA, Marcia Rosa de. A regulação como meio para dar efetividade ao direito fundamental de proteção e promoção da saúde. Tese de doutorado apresentada perante o PPGD da PUC/RS, sob a orientação de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: PUC/RS, 2013. Inédito. Acessível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/tese_-_marcia_rosa_de_lima.pdf

[54]. SARLET, Ingo Wolfgang & FIGUEIREDO, Mariana F. Op. Cit., idem.

[55]. O trabalho anteriormente citado sobre a dupla titularidade dos direitos sociais segue exatamente tal linha.

[56]. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese de doutorado apresentada perante o PPGD da

3. Atividade administrativa de fomento e a realização do direito à moradia mediante fomento

Nessa perspectiva pode-se projetar essa discussão para diversos campos. O da realização do direito à moradia é um deles, que apresenta potencialidades enormes se compreendido sob a perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Não é o caso, nesse estudo, de se buscar uma densificação do sentido constitucional do direito à moradia[57]. Ingo Wolfgang Sarlet, nesse sentido, produziu importantíssima monografia lembrando que do direito à moradia é possível extrair um complexo feixe de posições positivas e negativas mas, salienta, nem todas elas judicializáveis. Com efeito, de acordo com o autor, "ainda que se tenha de reconhecer que na sua condição de direito a prestações normativas (principal manifestação do dever de proteção do Estado e dos correspondentes direitos à proteção) não se poderá sustentar – mesmo à luz do princípio contido no artigo 5, parágrafo 1, da nossa Constituição, um direito subjetivo à edição de um ato normativo (ou seja, de um direito subjetivo à legislação)"[58]. Isso não significa, todavia, que o Estado não tenha o dever de legislar e regulamentar esse direito e, ao fazê-lo, deverá restar vinculado à sua satisfação. Ou seja, existe um campo de realização do direito à moradia que pode extrapolar a demanda de posições jurídicas subjetivas e até mesmo objetivas, e que decorrerão da vinculação direta da Administração Pública aos direitos sociais.

Isso é muito relevante, eis que tal direito fundamental social, em seu aspecto prestacional, não está vinculado à prestação de um serviço público específico. Todavia o Estado, mediante políticas públicas, mediante atividade legislativa e regulamentar, ainda assim estará vinculado – trata-se de um dever de proteção – a lançar mão de diferentes mecanismos para a satisfação desse direito.

UFPR, sob a orientação de Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: UFPR, 2014. Inédito. Acessível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1

57. Para uma compreensão adequada do conteúdo constitucional do direito à moradia, por todos consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, vol. 20, 2009/2010. Acessível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413.

58. SARLET, Ingo Wolfgang. Idem.

Um desses mecanismos pode ser – levanta-se essa hipótese – a atividade de fomento. O fomento, um dos institutos clássicos do Direito Administrativo e que vem sendo revisitado no cenário nacional notadamente a partir da década dos 90, do século passado, pode ser identificado, na Constituição da República de 1988, como uma atividade administrativa que permite aos particulares atuarem na satisfação de interesses públicos vinculados à realização de direitos fundamentais, mediante incentivos do Estado[59]. Apresenta-se como um conjunto de mecanismos que compõe o arsenal de atividades administrativas voltadas à garantia dos direitos fundamentais[60], ainda que no plano de sua horizontalização[61].

Trata-se de atuação administrativa que se fundamenta no art. 174, da Constituição da República e indica atividades em que "o Estado incentiva, promove ou induz os particulares a exercerem atividades de interesse público, voltadas à realização dos direitos fundamentais. (...) funções em que o poder público não exerce coerção sobre os particulares, diferenciando-se, por esse traço, das funções decorrentes do poder de polícia. (...) mediante as ações de fomento o Estado não realiza qualquer atividade prestacional, afastando-se, assim, da noção de serviço público."[62]

De maneira geral a doutrina identifica o fomento como uma possibilidade pela qual a Administração Pública poderá cumprir suas missões constitucionais. Estabelecer medidas de fomento, no âmbito das políticas públicas, seria uma opção da qual os gestores públicos poderão, ou não, fazer uso. Porém, em se tratando de

---

[59] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 715.

[60] Pretende-se demonstrar que o fomento, em si, não está necessariamente vinculado a uma visão neoliberal de Estado, ao contrário do que sustenta, por exemplo, Tarso Cabral Violin. Ver, sobre a crítica ao instituto, nesta visão: VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 68.

[61] É importante destacar, no contexto geral de discussão do tema, que a eficácia horizontal – ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas – pressupõe a ideia de hétero-vinculação dos direitos fundamentais, na medida em que admite que não apenas o Estado é responsável por sua realização, mas a sociedade como um todo. A ideia básica do instituto do fomento, nessa seara, permite ao poder público compartilhar com a sociedade civil a execução de tarefas no campo da satisfação dos direitos fundamentais. Sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**.10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Livraria Almedina, 2001; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 e STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, dentre outros.

[62] SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**. Administração Pública. Direitos fundamentais e desenvolvimento. Íthala: 2019, p. 141.

função administrativa vinculada à realização de direitos fundamentais, entende-se que o fomento não poderá ser identificado como mera liberalidade do Estado[63]. Ao contrário, as medidas de fomento deverão ser reconhecidas como determinações constitucionais que incumbem ser implantadas para atender necessidades sociais. É nessa dimensão que o fomento se apresenta como um importante mecanismo de realização do direito à moradia.

Tal posicionamento, a partir da doutrina de Rafael Valim, justifica-se em face do princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo o autor, no Direito brasileiro "a atividade de fomento não se limita a salvaguardar indiretamente os interesses públicos, senão que compreende relevantíssimos instrumentos de satisfação direta de interesses públicos"[64]. Nessa perspectiva, ainda que comumente se atribua a discricionariedade como traço central na noção de fomento, é possível sustentar que há uma obrigatoriedade do poder público em implantar tais medidas. Afinal, "a Administração Pública, ao transferir, a título de fomento, bens em prol dos particulares [...] em condições mais favoráveis do que as de mercado, a Administração Pública não está oferecendo 'benesses', senão que, simplesmente, implementando um meio legítimo para a consecução de finalidades públicas."[65]. Nessa medida, a incumbência de planejar práticas de fomento servirá ao propósito de garantir a todos o acesso aos direitos fundamentais, despontando como medida complementar à prestação de serviços públicos.

Já se evidenciou inúmeras vezes que o Estado brasileiro, nos termos da Constituição de 1988, tem a responsabilidade de assegurar a todos os cidadãos o acesso aos direitos fundamentais que lhes permitirão viver dignamente. Essa é a razão que impõe o dever de prestação de serviços públicos (art. 175, da Constituição) bem como a justificativa para a judicialização dos direitos sociais, conforme antes debatido.

---

[63] "Fomento não é liberalidade, mas atividade estatal legítima, cujos resultados atendem ao interesse público quando programada de forma consistente em termos processuais, normativos, materiais e orgânicos." In: MODESTO, Paulo. As Organizações Sociais no Brasil após a Decisão do Supremo Tribunal Federal. In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. **Organizações Sociais após a Decisão do STF na ADI n. 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 52.

[64] VALIM, Rafael. **A Subvenção no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 51.

[65] Ibidem, p. 52.

Entretanto, os altos níveis de exclusão social ainda presentes no Brasil indicam a necessidade de se buscar meios que, ao lado dos serviços públicos, permitam a realização máxima dos direitos fundamentais [66]. Assim, diante da escassez de recursos que impede a universalização de bens jurídicos diretamente vinculados aos direitos sociais [67], o Estado deverá realizar parcerias com os particulares, fazendo uso de mecanismos de fomento, voltados à realização do desenvolvimento nacional[68].

Nessa seara, entende-se que, ao consagrar o desenvolvimento como objetivo da República Federativa do Brasil, o constituinte impõe ao Estado que estabeleça políticas públicas de fomento, voltadas a assegurar a realização dos direitos fundamentais [69], consagrando, assim, o atendimento ao interesse público, promovendo o bem de todos e, com isso, cumprindo o dever que lhe impõe o artigo 3º, IV, da Constituição da República.

Dessa forma, enquanto persistirem no Brasil circunstâncias que justifiquem a atuação interventiva do Estado para criar as condições que permitam a todos gozar de uma vida com dignidade, a implementação das medidas de fomento deverá ser reconhecida como uma obrigação constitucional do poder público, decorrência direta da eficácia do direito ao desenvolvimento.

---

[66] Como adverte Vanice Lírio do Valle, "o debate mais atual envolve não só a persecução de prestações concretas a serem oferecidas por um Estado que se afirma garantidor do mínimo existencial, mas também o desenvolvimento por esse mesmo Estado, agora já em condição de articulador das forças sociais, de funções de planejamento e fomento de um conjunto de outras atividades que, se não devem mais nele encontrar o executor exclusivo, ao mesmo tempo não podem dispensar sua presença como agente de coordenação." In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 72.

[67] Observe-se que não se está, com a afirmação realizada, afastando o princípio da universalidade na prestação de serviços públicos do qual decorre o direito fundamental de todos os cidadãos a ter acesso a tais atividades, conforme tratado no item anterior da presente pesquisa. Ver, ainda, sobre esse tema, SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Op. Cit.

[68] Esse também é o posicionamento de Rafael Valim: "Ao contrário do que a maioria da doutrina defende, parece-nos que, no Direito brasileiro, a atividade de fomento não se limita a salvaguardar indiretamente os interesses públicos, senão que compreende relevantíssimos instrumentos de satisfação direta de interesses públicos. Assim, a par das transferências de bens e direitos a fim de estimular atividades revestidas de interesse público -, exsurgem transferências de bens e direitos destinados à proteger os direitos fundamentais - satisfação direta de interesses públicos – de que são exemplos no Brasil os programas de transferências de renda em favor de pessoas em situações de vulnerabilidade social." In: VALIM, Rafael. Op. Cit., p. 58.

[69] Sobre as fases de formulação de políticas públicas, a sua vinculação aos objetivos do Estado, e a possibilidade de seu controle, ver a já citada obra de referência de VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit.

As ideias aqui defendidas, a partir do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Rafael Valim, apresentam o fomento como uma resposta constitucionalmente viável à famigerada tese da reserva do possível. Conforme antes debatido, esse é o argumento trazido à baila em casos nos quais o Estado pretende afastar a proteção dos direitos fundamentais em face da insuficiência de recursos[70].

Mas o recorte aqui adotado, ainda, pretende avançar na hipótese de que, em face daqueles direitos sociais aos quais o constituinte não vinculou a atuação prestacional do Estado, como no caso da moradia, se o Estado não dispuser de recursos para atender a tais necessidades sociais, mediante atuação direta assistencial, deverá ao menos fazer uso dos mecanismos de fomento para que sejam assegurados, aos cidadãos, o acesso a esses direitos.

Em síntese, se o Estado não dispõe de receita para assegurar o direito à moradia à população, mediante atividade de assistência, por exemplo, deverá implementar programas de fomento, permitindo a construção das casas em condições facilitadas, incentivando e promovendo a iniciativa privada para a realização de tal atividade de modo a permitir aos cidadãos de baixa renda o acesso a tal direito social.

Não se pretende, com isso, reconhecer aos cidadãos um direito subjetivo às medidas de fomento em espécie, ao contrário do que ocorre com o serviço público. Não parece haver fundamento normativo para concluir que os dispositivos constitucionais que prescrevem ao Estado o dever de fomentar possam ter uma dimensão subjetiva sindicalizável individualmente.

As premissas elencadas no presente texto, contudo, voltadas a oferecer mecanismos para maximizar a eficácia dos direitos sociais, não permitem concordar com a doutrina que defende que haveria, "mera expectativa de direito dos

[70] Mantém-se, por certo, a compreensão de que nos casos em que a Constituição Federal estabeleceu a vinculação do direito fundamental ao instituto do serviço público a atuação do Estado mantém-se como dever inalienável. Nesses casos, a tese da reserva do possível deverá ceder à garantia do mínimo existencial, respeitados os contornos delineados no item anterior do presente artigo. Ver, ainda, sobre o tema, ZOCKUN, Caroline Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-61 e BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas.** Porto Alegre: Fabris, 2012. p. 135.

interessados e da sociedade em geral de que seria possível a implementação discricionária de uma técnica de fomento [...]"[71].

O reconhecimento do traço de fundamentalidade dos direitos sociais, o regime jurídico que o constituinte impôs a tais direitos, em consonância com o regime jurídico administrativo, permite reconhecer um dever imposto ao Estado de implementar mecanismos que permitam aos cidadãos o acesso aos direitos que lhes darão condições de viver uma vida com dignidade. Nessa dimensão, o fomento, tratado como uma função pública, não poderá ser jamais visto como mera liberalidade do governante.

Dessa maneira, o dever de implementar medidas de fomento impõe que tais estratégias sejam definidas no planejamento estatal, devendo estar previstas nas políticas públicas, de acordo com as necessidades específicas no momento de sua elaboração.[72]

Portanto, ainda que não se possa reconhecer um direito público subjetivo aos indivíduos de exigirem, em concreto, medidas específicas de fomento, a ideia ora lançada permite trazer ao debate um argumento que poderá auxiliar no controle de omissão na proteção de direitos sociais na formulação das políticas públicas[73], notadamente em face da discussão sobre a escassez de recursos.

---

[71] MELLO, Célia Cunha. **O Fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 56. No mesmo sentido, cite-se, por exemplo, a obra de VIOLIN, Tarso Cabral. Op. Cit., p. 48. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 940.

[72] VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 39-42. A tese aqui defendida não é inédita. Emerson Gabardo e Augusto César Leite de Resende, afastando-se da doutrina tradicional, já identificam na Lei n. 12.305/2010, que regulamenta a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a possiblidade de interpretação sistemática de seus dispositivos para reconhecer que o Estado tem o dever de fomentar as associações ou cooperativas de catadores de materiais recicláveis. Ver, sobre o tema: GABARDO, Emerson. RESENDE, Augusto César Leite de. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão de resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

[73] Afinal, "constitucionalizar uma pauta de prioridades na formulação das políticas públicas, portanto, pode significar [...] uma opção fundante do Estado, pelo signo da justiça distributiva, pela solidariedade como estratégia de ação nos temas públicos [...] e, finalmente, orientar o agir do poder à diferenciação comprometida com a igualdade material, ou o fomento de atuações que lhe confiram um especial peso, num processo de valorização empreendido pela própria constituição.". In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. Cit., p. 52. Sobre o controle das políticas públicas, ainda, ver o trabalho de: BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013. Especificamente sobre a dificuldade de controle na omissão de temas na formulação de políticas públicas, ver: BITENCOURT, Caroline Muller. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 143-166, jul./dic. 2015.

E no plano da realização do direito à moradia, tais medidas se fazem prementes em face do gravíssimo déficit habitacional no país.[74] Ainda que os dados no sítio oficial não tenham sido atualizados após 2015,[75] um levantamento realizado pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas apontava, em 2017, uma carência de mais de 7 milhões de unidades habitacionais.[76]

Diante desses dados, programas que combinam medidas de assistência a medidas de fomento, como por exemplo, o Programa Minha Casa Minha Vida (MCMV),[77] passam a ser visto como incumbências estatais que não poderão jamais estar ao sabor de preferências políticas.

A extinção de programas como este poderá ser feita, então, apenas se não houver mais demanda pelo direito à moradia ou se houver a substituição do referido programa por outra estratégia capaz de assegurar a realização do direito fundamental. Como exemplo, tem sido noticiado pelo Governo Federal um novo programa habitacional, que deverá focar a população de baixa renda localizada nos pequenos municípios. Este novo programa, também pautado na utilização do fomento como mecanismo de garantia do direito à moradia, deverá funcionar com um sistema de "voucher" que permitirá às famílias comprar suas casas próprias.[78]

---

[74] Sobre o tema, conferir: ROSA, Thaís Troncon. Planejamento urbano e política habitacional no Brasil: institucionalização, dicotomização, municipalização. Reflexões a partir do caso de São Carlos – SP. revista de pesquisa em arquitetura e urbanismo programa de pós-graduação do instituto de arquitetura e urbanismo iau-USP, 2012, p. 16-33 e MONTE-MÓR, Roberto Luís. **As teorias urbanas e o planejamento urbano no Brasil.** Economia regional e urbana: Contribuições teóricas recentes. Revista da UFMG, 2006.

[75] Na última tabela disponível com base na Pesquisa Nacional Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), do IBGE, em 2015 o Brasil teria um déficit habitacional de 7,757 milhões de moradias. Conferir em https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao.html; consulta em 20.04.2020. Interessantes, ainda, os dados comparativos trazidos no estudo realizado pela CBIC – Câmara Brasileira da Indústria da Construção, em http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil, consulta em 20.04.2020.

[76] Conferir em https://www.abrainc.org.br/noticias/2019/01/07/deficit-habitacional-e-recorde-no-pais/, consulta em 20.04.2020.

[77] O Programa foi instituído pela Medida Provisória Nº 459, de 25 de março de 2009, convertida na Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. Até 2018, foram destinados aproximadamente 86 milhões de Reais em subsídios públicos, conforme consta no Boletim Mensal dos Subsídios Públicos. Conferir em https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-subsidios/arquivos/2019/boletim-mensal-sobre-os-subsidios-da-uniao-2013-programa-minha-casa-minha-vida-edicao-10.pdf/view, consulta em 20.04.2020.

[78] A notícia sobre o novo programa foi veiculada em pronunciamento oficial do novo Ministro de Desenvolvimento Regional, Rogério Marinho, em 11 de fevereiro de 2020. Conferir em

Na perspectiva aqui tratada, portanto, a atuação da Administração Pública mediante o fomento apresenta-se como mais um argumento em favor da efetividade dos direitos fundamentais sociais, notadamente em face daqueles que não foram vinculados a serviços públicos pelo constituinte.

Essa releitura do instituto do fomento, portanto, está inserida na abordagem pretendida pelo Direito Administrativo Social, em que se impõe à Administração Pública o dever de implementar políticas públicas voltadas à garantia dos direitos fundamentais.

Conclusão

O cenário de exclusão e desigualdade que traduz a realidade cotidiana de milhares de brasileiros[79] é um forte indicativo de que são necessárias políticas públicas voltadas à maximização dos direitos sociais, dentre eles o direito à moradia.

Apesar da inclusão de tais direitos no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e da garantia de um regime jurídico de proteção especial, ainda são inúmeros os entraves que impedem sua devida realização.

Nesse panorama, é usual o recurso à judicialização de demandas por parte daqueles que se veem alijados de sua condição de dignidade, diante da ostensiva omissão estatal.

No entanto, sem embargo da garantia de acesso à justiça, o perfil de co-titularidade dos direitos sociais, que têm por traço característico sua oferta de maneira universal, impõe severos limites à adoção de tal sistemática, notadamente quando se analisa a matéria sob o enfoque das capacidades institucionais.

---

https://fdr.com.br/2020/02/12/voucher-no-minha-casa-minha-vida-novo-ministro-se-posiciona-sobre-proposta/.

[79] [79] Conferir os índices de desenvolvimento humano no Brasil, a partir do ranking da ONU, em http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf, consulta em 10 de abril de 2020. O Brasil se encontra em 79º lugar no Ranking, com o índice de 0,761. No referido documento, pontuou-se, dentre vários tópicos, o índice de desigualdade no Brasil: "No Brasil, os inquéritos às famílias revelam que os 10 por cento mais ricos auferiram um pouco mais de 40 por cento do rendimento total em 2015, mas, quando se tem em conta todas as formas de rendimento — não apenas o rendimento comunicado nos inquéritos — as estimativas revistas sugerem que aos 10 por cento do topo coube, na verdade, mais de 55 por cento do rendimento total." (p. 107)

A prestação de serviço público adequado, nesse panorama, é uma das principais soluções trazidas pelo constituinte para satisfazer a dimensão prestacional dos direitos sociais, impondo-se, à Administração Pública, o dever de garantir o acesso a tais bens jurídicos de maneira geral, regular, contínua e, quando não gratuito, mediante tarifas módicas. O serviço púbico traduz-se, portanto, como direito subjetivo dos cidadãos em face do Estado, mecanismo por excelência de garantia dos direitos fundamentais.

Entretanto, é preciso reconhecer que há outras formas de satisfação dos direitos sociais, notadamente naqueles casos em não há um dever explícito de prestação pelo Estado, como é o caso do direito à moradia.

Mesmo que não seja possível imputar ao poder público o dever de garantir direta e imediatamente a cada cidadão o direito à moradia, não sendo viável reconhecer, aqui, um dever de prestação de serviço público, não está a Administração Pública autorizada a omitir-se. Daí enquadra-se o recurso à atividade de fomento.

Tal instituto, caracterizado como a atividade administrativa de indução do particular à realização de atividades de interesse público, desponta como a alternativa viável para que o Estado garanta a realização dos direitos fundamentais sociais, em um ambiente de parceria com a iniciativa privada.

Conclui-se, com isso, que o fomento, no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito, apresenta-se como mais um instrumental à disposição do poder público para a realização dos direitos fundamentais. Como exemplo citou-se o Programa Minha Casa Minha Vida que, sem embargo de suas limitações, confirma de maneira bastante satisfatória a conclusão de que o Estado dispõe de mecanismos para incentivar a sociedade a prestar atividades que possam contribuir com a realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, alcançando-se o desenvolvimento em todas as suas dimensões.

Referências Bibliográficas

ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira**: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury. (org.) Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, J. C. Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Livraria Almedina, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BALESTERO, Gabriela Soares. Direitos fundamentais e reserva do possível: a judicialização da saúde. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Vol. 11, n. 46, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia**.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O Direito a Prestações de Saúde**: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

_____. Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 143-166, jul./dic. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Conferência***. In. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito constitucional e direito alternativo (por uma dogmática constitucional emancipatória)**. In: Direito Alternativo: Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito, evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: COAD, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito humanos fundamentais,** São Paulo: Saraiva, 1995.

GABARDO, Emerson. RESENDE, Augusto César Leite de. A Atividade Administrativa de Fomento na Gestão de resíduos Sólidos em Perspectiva com o Desenvolvimento Sustentável. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos** – Direitos não nascem em árvore. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GRIMM, Dieter. ***Constitucionalismo y derechos fundamentales***. Trad. Raúl Sanz Burgos. Madrid: Trotta, 2006.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, V. 14, 2, 2013.

_____. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

_____. **A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico** – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese de doutorado apresentada perante o PPGD da UFPR, sob a orientação de Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: UFPR, 2014. Inédito. Acessível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1
http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf

http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil

http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml .
https://fdr.com.br/2020/02/12/voucher-no-minha-casa-minha-vida-novo-ministro-se-posiciona-sobre-proposta/

https://www.abrainc.org.br/noticias/2019/01/07/deficit-habitacional-e-recorde-no-pais/

https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-subsidios/arquivos/2019/boletim-mensal-sobre-os-subsidios-da-uniao-2013-programa-minha-casa-minha-vida-edicao-10.pdf/view

https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao.html

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 715.

LEIVAS, Paulo Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Marcia Rosa de. A regulação como meio para dar efetividade ao direito fundamental de proteção e promoção da saúde. Tese de doutorado apresentada perante o PPGD da PUC/RS, sob a orientação de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: PUC/RS, 2013. Inédito. Acessível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/tese_-_marcia_rosa_de_lima.pdf

LINS, Liana Cirne. **A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais** sociais. Acessível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/direitos_sociais_processo.pdf.

_____. **Da titularidade à co-titularidade dos direitos fundamentais sociais: pressuposto à adequação procedimental da sua tutela. In: Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 33.1, jan./jun. 2013.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Hierarquização de direitos fundamentais**: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-americana. Revista Sequência, Vol. 25, n. 48, 2004.

MELLO, Célia Cunha. **O Fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MODESTO, Paulo. As Organizações Sociais no Brasil após a Decisão do Supremo Tribunal Federal. In: FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto Falcão. **Organizações Sociais após a Decisão do STF na ADI n. 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTE-MÓR, Roberto Luís. **As teorias urbanas e o planejamento urbano no Brasil.** Economia regional e urbana: Contribuições teóricas recentes. Revista da UFMG, 2006.

MULLER, Friedrich**. Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte. *In*: ISENSEE-P. Kirchhof (org.). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. v. 5, p. 243 e ss. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: Revista de Doutrina TRF4, vol. 24, 2008, acessível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

ROCHA, Leonel Severo & WEBBER, Suelen da Silva. **Acesso à Justiça e Saúde Pública**: os números e os contextos da judicialização da saúde no Brasil. In: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4766154cea472a15.

ROSA, Thaís Troncon. Planejamento urbano e política habitacional no Brasil: institucionalização, dicotomização, municipalização. Reflexões a partir do caso de São Carlos – SP. revista de pesquisa em arquitetura e urbanismo programa de pós-graduação do instituto de arquitetura e urbanismo iau-USP, 2012, p. 16-33

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível".** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, vol. 20, 2009/2010. Acessível em: http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=413.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento**. Administração Pública. Direitos fundamentais e desenvolvimento. Curitiba: Íthala: 2019.

_____. Serviço público. Curitiba: Íthala: 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo & SCHIER, Adriana da Costa. **Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação**. In: Revista A&C. Ano 18 - n. 74, outubro/dezembro – 2018, Belo Horizonte, p. 67-96. ISSN 1516-3210. DOI: 10.21056/aec.v19i74.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (coord.) Direito constitucional brasileiro. Vol. 1. São Paulo: RT, 2014, pp. 87-102.
_____. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNSTEIN, Cass & HOLMES, Stephen. The cost of rights. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

TARCK, Christian. Staatliche Organisation und Staatliche Finanzierung als Hilfen zur Grundrechtsverwirklichungen? *In*: STARCK, Christian (org). **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anla des 25 jëhrigen Bestehens des Bundesverfassungsrerichts**. v. II. Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. p. 480 e ss. Apud: SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: Revista de Doutrina TRF4, vol. 24, 2008, acessível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. *Dados*, *50*(2), 229-257. In: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&tlng=pt.

VALIM, Rafael. **A Subvenção no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZOCKUN, Caroline Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social.** São Paulo: Malheiros, 2009.

6. A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE MOTIVATION FOR THE DECISION OF ADMISSIBILITY OF ACCUSATION IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

https://doi.org/10.36592/9786581110642-06

Roberto Ferreira Filho[1]

Allana Campos Marques Schrappe[2]

Resumo

A Constituição Federal de 1988 representou uma sensível mudança de paradigma na história do Estado brasileiro, deixando evidente seu compromisso com a dignidade da pessoa humana, com a democracia, com o respeito e efetivação dos direitos fundamentais. Este novo momento histórico naturalmente produz reflexos no processo penal, especialmente para evitar que o aparato punitivo estatal seja utilizado como instrumento de vingança e de perseguições de qualquer ordem, e, ainda, para reduzir ao máximo a possibilidade de erros pelo sistema de justiça criminal, mesmo porque suas consequências são devastadoras na vida de qualquer ser humano. Por todos estes motivos, o presente trabalho visa apreciar momento importantíssimo no desenrolar do processo penal e que não vem tendo, como regra, especialmente no âmbito jurisprudencial, o cuidado e o aprofundamento que deveria ter, qual seja: a etapa do juízo de admissibilidade da acusação. Assim, é objeto de análise o dever de motivação das decisões judiciais e as consequências que podem decorrer de um recebimento imotivado da denúncia ou da queixa. Após as análises, percebe-se a importância da motivação do recebimento da denúncia ou da queixa para a realização de um processo democrático e como garantia política do exercício da jurisdição.
Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – Direitos fundamentais – Juízo de admissibilidade da acusação – Dever de motivação

Abstract

The Brazilian Federal Constitution of 1988 represented a significant paradigm shift in the history of the Brazilian State, making evident its commitment to the dignity of the human person, democracy, respect and realization of fundamental rights. This new

[1] Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil/UniBrasil. Juiz de Direito. E-mail: robertoferreirafilho73@gmail.com

[2] Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Professora de Criminologia e Direito Penal no Centro Universitário Autônomo do Brasil/UniBrasil. Advogada. E-mail: allanacms@uol.com.br

historical moment naturally produces reflections in criminal proceedings, especially to prevent the state punitive apparatus from being used as an instrument of revenge and persecution of any kind, and also to reduce as much as possible the possibility of errors by the criminal justice system, even because its consequences are devastating in the life of any human being. For all these reasons, the present work aims to appreciate a very important moment in the course of criminal proceeding and which, as a rule, especially in the jurisprudential sphere, has not been taking the care and depth that it should have, namely: the stage of the judgment of admissibility of the prosecution. Thus, the object of analysis is the duty to motivate court decisions and the consequences that may result from an unreasonable receipt of the complaint. After the analyses, the importance of the motivation for receiving the denunciation or the complaint is perceived for the realization of a democratic process and as a political guarantee for the exercise of jurisdiction.
Keywords: Democratic Rule of Law - Fundamental rights - Judgment of admissibility of accusation - Duty of motivation

1. Introdução

Após longo período de ditadura cívico-militar no Brasil, que perdurou por mais de duas décadas (de 1964 a 1985), novo cenário político foi inaugurado, ganhando grande impulso e destacada importância a partir do período da Assembleia Nacional Constituinte, iniciada em 1987, e que resultou na promulgação, em 5 de outubro de 1988, da vigente Constituição Federal (CF), conhecida como "Constituição Cidadã".

Como afirma Cunha Júnior, "a Constituição de 1988 surge como esperança para o povo brasileiro, suscitando no País um sentimento constitucional nunca visto"[3]. Direitos até então cerceados ou mitigados ocuparam a pauta dos debates que resultaram na elaboração da atual Constituição, o que se observa já a partir de seu artigo 1º, quando, ao elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil, faz expressa referência, no inciso III, à dignidade da pessoa humana.

Pouco mais adiante, em seu artigo 3º, ao cuidar dos objetivos fundamentais da República, menciona, no inciso I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e, no inciso IV, a busca pela promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito e discriminação.

No artigo 5º, apresenta extenso e indispensável rol de direitos e garantias fundamentais, muitos dos quais voltados à proteção da pessoa flagrada na suposta

[3] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 517.

prática de infração penal, da pessoa investigada, acusada ou condenada criminalmente, dentre os quais destaca-se a vedação à tortura ou a qualquer outro tipo de tratamento desumano ou degradante (inciso III), a individualização da pena (inciso XLVI), a vedação à prova ilícita (inciso LVI), o respeito à presunção de inocência (inciso LVII) e o direito à não autoincriminação (inciso LXIII).

Embalado por esse espírito democrático, o constituinte originário deixou assentada sua preocupação com a atuação do Poder Judiciário, um dos três poderes da República segundo o artigo 2º da CF, ao estabelecer, de modo taxativo, no artigo 93, IX, da Carta, que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

É a partir dessas premissas constitucionais – sem embargo dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, dentre os quais vale citar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) – que toda legislação infraconstitucional deve ser interpretada e aplicada, inclusive o Código de Processo Penal (CPP).

Com base nos parâmetros acima traçados e tendo sempre em conta a importância do processo penal, o qual lida, diretamente, com os direitos fundamentais mais valiosos da pessoa humana, a começar por sua própria liberdade, mas passando, de igual forma, por sua imagem, intimidade, vida privada, honra, patrimônio, enfim, à sua dignidade, é que o presente artigo vai se desenvolver, tendo como ponto primordial de atenção o momento do chamado juízo de admissibilidade da acusação no processo penal e de todas as consequências daí advindas. Vale salientar, outrossim, que a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, a contar de seus axiomas direcionados ao processo penal e à indispensável proteção do mais débil, servirá como marco teórico do trabalho.

2. O dever de motivação das decisões judiciais

Uma das principais e mais elementares garantias processuais que se consolidou ao longo da história do processo em geral e do processo penal em particular é a da motivação das decisões judiciais.

De maneira objetiva, para que se possa compreender o alcance da expressão

motivação ou fundamentação da decisão (motivação e fundamentação são tratadas, neste trabalho, como sinônimos), Giacomolli afirma:

> (...). Fundamentar uma decisão é explicar e justificar, racionalmente, a motivação fática e jurídica do convencimento, de modo que possa ser compreendida. Assim, uma decisão processual penal está fundamentada quando dela se pode inferir uma justificativa racional, acerca do fundamento de seus efeitos (condenação, recolhimento ao cárcere, duração e espécie de sanção, *v.g.*). A motivação se constitui na ação determinante da razão de ser da decisão, na instrumentalidade orientativa da explicação da decisão. É o motivo que direciona a ação (decidir) num sentido ou no outro (condenar, absolver, decretar a prisão, manter a liberdade, receber ou rejeitar a denúncia). A fundamentação pode estar baseada somente em motivos de direito, em motivos de fato, ou em ambos os suportes. Motivar é dizer quais as bases fáticas e/ou de direito que permitem a fundamentação, ou seja, a explicação racional da decisão[4].

No caso específico do Brasil, a Constituição Federal, no predito artigo 93, IX, faz expressa referência a esse respeito, sendo importante destacar que tal previsão é inédita em matéria constitucional, porquanto as Constituições não traziam disposições semelhantes.

Ao lado da apontada previsão constitucional há, no Brasil, dispositivos legais infraconstitucionais que reforçam a indispensabilidade da motivação das decisões judiciais.

Vale citar, neste particular, recentes alterações no CPP que deixam claro esta obrigatoriedade, na forma do que se extrai do *caput* do artigo 315, que cuida, diretamente, do tema da prisão preventiva, e do § 2º deste mesmo artigo, o qual versa sobre a generalidade das decisões judiciais, alterações estas trazidas pela Lei 13.964 de 2019, além da manutenção do que reza o artigo 381 do mesmo diploma legal, e que cuida, especificamente, da motivação das sentenças.

O dever de motivação das decisões judiciais tem evidente importância no âmbito processual (garantia endoprocessual), como garantia das partes. É por meio

[4]GIACOMOLLI, Nereu Jose. O devido processo legal: São Paulo: Atlas, 2014, p. 212-213.

da fundamentação lançada nas decisões judiciais que se pode bem compreender seu verdadeiro sentido e alcance. Ademais, a motivação das decisões permite que as partes possam verificar se houve, pelo julgador, efetiva cognição, quer dizer, efetiva consideração e apreciação das questões de fato e de direito trazidas ao processo.

A indispensabilidade da motivação das decisões penais pode ser extraída de um dos 10 (dez) axiomas do garantismo penal de Ferrajoli, mais precisamente de seu axioma 7: *"Nulla culpa sine judicio"*[5]. É justamente do sétimo axioma, de natureza eminentemente processual e que compõe o chamado SG (Sistema Garantista), que se extrai o princípio da jurisdicionariedade, que ajuda a responder, à luz da teoria de Ferrajoli, as questões atinentes ao *quando* e ao *como* julgar.

Não há possibilidade de julgamento minimamente justo, especialmente na seara do processo penal, sem efetivo direito à ampla defesa, sem a adequada exigência de prova robusta e concreta para embasar uma condenação e sem a atuação imparcial do julgador, sem a separação das atividades de acusar e julgar, com a atuação de um juiz que seja imparcial e independente.

É nesse cenário e atento a essas exigências que a motivação das decisões judiciais surge como instrumento importante de garantia processual, inclusive, como dito anteriormente, para assegurar a natureza cognitiva e não potestativa do juízo e, de igual modo, o pleno exercício do contraditório.

Neste sentido, como afirma Ferrajoli:

> A última garantia processual de segundo grau, que tem o valor de uma garantia do fechamento do sistema SG é a obrigação da motivação das decisões judiciárias (...). Ele exprime e ao mesmo tempo garante a natureza cognitiva em vez da natureza potestativa do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses acusatórias. É por força da motivação que as decisões judiciárias resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas[6].

A motivação das decisões acaba auxiliando na concretização de um direito processual mais racional, pois as razões de convencimento do julgador deverão ser

[5] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica *et alli.* 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.
[6] FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 573.

explicitadas, fugindo, por conseguinte, de um mero ato de exercício de poder estatal, e mais democrático, pois as teses e elementos de prova trazidos pelas partes serão necessariamente considerados para a formação da decisão.

No processo penal, como diz Gomes Filho, a estrita obediência ao dever de motivar é inclusive indispensável para legitimar qualquer medida punitiva que venha a ser imposta pelo Estado[7].

Ainda acerca da garantia processual que decorre do dever de motivação das decisões judiciais, é oportuno aduzir que ela funciona como instrumento de controle da imparcialidade e da independência do juiz, sem o que, efetivamente, não é possível falar em justo processo.

Especificamente no que diz respeito ao processo penal, pode-se dizer que a imparcialidade do juiz se verifica quando sua atuação não se confunde com a atuação das partes, destacadamente com a da acusação, confusão esta que se dava, por exemplo, quando do sistema reconhecidamente inquisitório – reconhecidamente porque, ainda hoje, existem sistemas processuais penais, e o brasileiro é um deles, em que a influência do inquisitório permanece, bastando ter em mente, para ilustrar, a ingerência do julgador na produção de prova *ex officio,* como, por exemplo, os artigos 156 e 209 do CPP.

A imparcialidade é a verdadeira essência da jurisdição, é seu princípio basilar. A independência, por seu turno, objetiva fazer com que o julgador possa atuar estando a salvo de todo tipo de pressão, de intimidação, e é por isso que no Estado brasileiro, por força do disposto no artigo 95, *caput,* da CF, são estabelecidas as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. Com o dever de motivar suas decisões é possível verificar se a atuação do magistrado se deu de forma imparcial e independente.

A preocupação com a independência e com a imparcialidade do juiz é prevista, de modo expresso, no artigo 8º, "1", da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) e no artigo 14, "1", do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ambos ratificados pelo Brasil.

A efetiva garantia do contraditório também guarda estreita relação com a

[7] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82.

garantia do duplo grau de jurisdição. Sem a explicitação das razões que levaram àquela decisão, sem a apresentação dos passos seguidos em sua construção técnica e lógica, fica inviabilizada ou sensivelmente dificultada qualquer hipótese de reanálise, pelo órgão judicial superior, do que fora até então decidido.

Sem a motivação da decisão não há nem mesmo condições para que a parte que não se conformou com o resultado do julgamento possa se utilizar de algum instrumento recursal, em nítida violação ao direito assegurado pelo artigo 8º, 2, "h", da CADH.

No julgamento do HC 96.056-PE, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal consignou:

> O tema da necessária motivação das decisões é constitucionalmente relevante, porque a garantia da proteção efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um necessário processo de controle, a fim de evitar arbitrariedades, abusos, contradições por parte dos órgãos jurisdicionais. Nesses termos, motivar significa fornecer as razões, os fundamentos que legitimam dada decisão em um sentido ou em outro, expondo suas justificações e motivos fático-jurídicos determinados[8].

Assim, é correto afirmar que sem a motivação o próprio e indispensável controle das decisões judiciais que se dá, ordinariamente, pela via recursal, está comprometido, abrindo-se espaço para todo tipo de arbítrio, abuso e outras violações, atingindo tanto o direito das partes quanto, por extensão, o mínimo equilíbrio da vida em sociedade que também necessita do regular funcionamento do sistema de justiça.

Ainda no que tange ao âmbito processual da garantia do dever de motivação das decisões, é importante destacar sua estreita relação com o princípio da publicidade dos atos processuais. Tais garantias têm como objetivo a comunicação entre a atividade processual e o ambiente social[9].

Funcionam, ademais, como verdadeiros instrumentos de tutela das demais

[8] STF, HC 96.056-PE, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento: 28.06.2011.
[9] GOMES FILHO, Antônio Magalhães, ob. cit., p. 88.

garantias processuais, pois são elas que exteriorizam as razões de convencimento do julgador e permitem verificar se os atos processuais respeitaram o devido processo legal, se efetivaram o contraditório, se respeitaram a ampla defesa e assim sucessivamente.

O dever de motivação das decisões judiciais tem outro relevante papel que ultrapassa os limites do processo propriamente dito, funcionando como garantia política da cidadania. Não há efetivo Estado Democrático de Direito sem que o poder estatal seja limitado e controlado, e isso se dá com a separação de poderes, com o respeito aos direitos humanos, com a observância ao princípio da legalidade, dentre outros.

Neste cenário de limitação e controle do poder, o dever de motivação das decisões judiciais surge para legitimar a atuação do Poder Judiciário, até mesmo porque, e é assim que sucede no Brasil, os membros deste poder não são eleitos e, em sua maioria (com exceção do que ocorre na escolha de membros dos Tribunais Superiores e, em parte, dos Tribunais Regionais e Estaduais), não passam por processos de escolha envolvendo os outros poderes da República.

A legitimidade democrática do Poder Judiciário, por conseguinte, diferentemente do que ocorre com os demais poderes, se dá por sua forma de atuação e esta necessita da fundamentação das decisões judiciais.

Badaró, ao comentar o papel de garantia que o dever de motivação representa, assevera:

> (...), não é uma garantia exclusiva das partes, ou de seus advogados ou mesmo dos juízes dos tribunais, mas principalmente da opinião pública. Destina-se, portanto, a *quisque de populo*. É através da motivação que qualquer do povo poderá controlar a legalidade da decisão, a imparcialidade do juiz, enfim, a justiça do julgamento. Em suma, é a motivação uma garantia de controle democrático sobre a administração da justiça (...). Somente quando a sentença tenha atendido, tanto à finalidade endoprocessual quanto ao escopo extraprocessual, é que se poderá considerar suficientemente motivada a sentença[10].

[10] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. "Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*", in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 38, 2002, p. 122-141.

O que se busca, essencialmente, é que por meio da fundamentação de suas decisões, a atuação do Poder Judiciário possa ser controlada, não apenas no sentido de intervenção externa que comprometa a independência e a imparcialidade de seus membros, mas controlada no que diz respeito à legalidade e à transparência de sua atuação, e é isso que lhe dá legitimidade democrática.

O apontado controle se verifica tanto no âmbito endoprocessual, pelas partes e pelos demais envolvidos no processo, quanto extraprocessual, pela sociedade em geral. A função extraprocessual funciona como uma espécie de prestação de contas que os integrantes do Poder Judiciário prestam à sociedade[11], não no sentido de conquistar a simpatia da maioria da opinião pública, mas no sentido de deixar claro que sua atuação, que muitas vezes é e deve ser contramajoritária, atendeu aos comandos constitucionais e legais.

O dever de motivação das decisões judiciais em geral e, em especial, das decisões penais, em razão dos graves efeitos que podem produzir, pois atingem, via de regra, o *status libertatis* e o *status dignitatis* da pessoa investigada ou acusada, é princípio fundante de todo processo judicial minimamente democrático.

3. Juízo de admissibilidade da acusação

Com a chamada minirreforma do processo penal em 2008, quando da publicação das Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008, houve substancial alteração em regras que até então vigoravam no CPP, dentre elas as que tratavam do início do processo com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime.

[11] Segundo Scheid, "(...) a motivação surge, ainda, como uma importante garantia política, na medida em que estabelece limites ao poder jurisdicional à vista de que oportuniza o controle popular sobre o modo de administração da Justiça. Coloca-se a obrigação da motivação, portanto, em um posto central do sistema de valor no qual se deve inspirar a administração da justiça no Estado democrático moderno, mormente porque ela torna possível a 'participação popular nos assuntos do governo', e, como se sabe, 'a participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político (...). A motivação assume uma dimensão pedagógica, de explicação sobre a racionalidade da decisão, o que lhe encampa a necessidade de ser persuasiva, no sentido de evidenciar a sua correção. Com isso, a motivação deve estar entrelaçada com a publicidade, tornando possível um controle democrático e de responsabilização externa do desempenho judicial" (SCHEID, Carlos Eduardo. A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105-106). No mesmo sentido: HARTMANN, Erica. A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 113-115.

Pelas alterações trazidas pela Lei 11.719/2008, o recebimento da inicial acusatória passou a ser tratado pelo artigo 395 do CPP, que estabeleceu, dentre as hipóteses de rejeição da denúncia, além das tradicionalmente conhecidas da inépcia da inicial ou da falta de pressuposto processual ou de uma das condições da ação, a falta de justa causa para o exercício da ação penal.

Justa causa, sinteticamente, pode ser compreendida como a exigência da presença de um mínimo de viabilidade da ação penal, quer dizer, a presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade que autorizem a instauração do processo penal, cuidado este que se mostra indispensável pelos conhecidos efeitos que esse tipo de processo produz no *status dignitatis* de qualquer pessoa.

Esse cuidado em exigir a viabilidade da ação penal para, então, justificar o recebimento da denúncia ou da queixa é indispensável para evitar acusações totalmente infundadas ou temerárias.

Após a apontada minirreforma, instaurou-se um debate acerca do efetivo momento do recebimento da denúncia ou da queixa, ou seja, se ocorre de imediato, antes de prévia manifestação da defesa, ou se ocorre após tal manifestação. Após alguma controvérsia inicial, especialmente no âmbito doutrinário, o STJ firmou o entendimento de que o recebimento da denúncia ou da queixa se dá antes da manifestação prévia da defesa[12], sem prejuízo, todavia, de sua reavaliação após dita resposta defensiva, não configurando, neste caso, a preclusão *pro judicato*, pois se trata de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício[13].

No âmbito do sistema da *Civil Law,* países como Alemanha, Espanha, França e Itália tomaram caminho distinto, admitindo o contraditório antes do recebimento da acusação, o que se dá numa fase chamada intermediária[14]. No Brasil, com algumas exceções, como as Leis 8.038/1990, 9.099/1995 e 11.343/2006 e o

[12] Poli e Silveira afirmam que o entendimento do STJ se mostra ofensivo aos direitos e garantias fundamentais do acusado, não possibilitando o prévio contraditório (POLI, Camilin Marcie de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. "O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação", in Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, vol. 1, Curitiba: Unibirasil, 2010, p. 137).
[13] Neste sentido, destacam-se os julgados do STJ no HC 138089/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento: 02/03/2010, e no AgRg no REsp 1734084/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgamento: 26/06/2018.
[14] PEROTO, Marcos Rogério. O exame prévio da admissibilidade da ação penal na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais do imputado. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), 2006, p. 65-82.

procedimento de apuração de crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (artigos 513 a 518 do CPP), não existe o contraditório prévio ao recebimento da acusação, o que não se confunde e não pode ser confundido com ausência de fundamentação da decisão de admissibilidade da denúncia ou da queixa-crime.

O juízo de admissibilidade da acusação produz inegável repercussão no âmbito processual, pois altera a condição de investigado ou suspeito de determinada pessoa para a de acusado ou réu. O recebimento da denúncia ou da queixa produz efeitos também extraprocessuais, como, por exemplo: a) a impossibilidade de obtenção da suspensão condicional do processo previsto na Lei 9.099/95; b) a prorrogação do período de prova da suspensão condicional da pena para quem passa a ser processado por outro crime ou contravenção, prorrogação esta que se estende até o julgamento final deste novo caso, nos termos do artigo 81, § 2º, do Código Penal; c) a suspensão do benefício do livramento condicional, inclusive com possibilidade de decretação da prisão do apenado, nos termos do artigo 145 da Lei de Execução Penal (LEP); d) a possibilidade de regressão do regime prisional do apenado que, no curso da execução, praticar fato definido como crime doloso, na forma do previsto no artigo 118, I, da LEP; e) a possibilidade de decretação do quebramento da fiança quando o afiançado for acusado de envolvimento em nova infração penal dolosa, nos termos do artigo 341, V, do CPP, inclusive com possibilidade da decretação de sua prisão preventiva, em conformidade com o disposto no artigo 343 do CPP.

Tais efeitos apontam no sentido da total inadequação em se classificar o ato judicial de recebimento da denúncia ou queixa como sendo mero despacho, ou seja, ato destituído de carga decisória e, por consequência, sem necessidade de motivação. Como adverte Tucci, "no âmbito da jurisdição penal, não somente as sentenças (...) mas todos os outros atos decisórios, com exceção de despacho, para que sejam válidos, imprescindem de motivação" [15].

[15] TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 240. Sobre a necessidade de motivação do recebimento da denúncia ou da queixa, Giacomolli afirma que "O recebimento da denúncia ou da queixa-crime não se equipara à cognição realizada no ato sentencial, mas engendra um conteúdo decisório fundamental ao desencadeamento do processo criminal acusatório, capaz de alterar o *status quo* do sujeito. É ato exclusivo do magistrado, integrante do Poder Judiciário, motivo pelo qual deve ser fundamentado, sob

A jurisprudência, entretanto, continua, majoritariamente, admitindo recebimentos de denúncias ou queixas sem fundamentação minimamente substancial, efetiva, responsável, talvez não percebendo a relevância e as consequências que decorrem deste ato jurisdicional. Nesse sentido, é bastante elucidativo o seguinte julgado do STJ:

> (...). DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO (...). NULIDADES. NÃO OCORRÊNCIA (...). 1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores possui entendimento de que a decisão que recebe a denúncia possui natureza de interlocutória simples, não necessitando fundamentação exauriente por parte do Magistrado quanto aos motivos de seu recebimento (...). Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na esteira do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou-se o entendimento de inexigibilidade de fundamentação complexa no recebimento da denúncia, em virtude de sua natureza de interlocutória simples, não se equiparando à decisão judicial a que se refere o art. 93, IX, da Constituição Federal (...)[16].

O que o acórdão sustenta, em linhas gerais, é que o recebimento da denúncia tem natureza de decisão interlocutória simples, mas, ainda assim, mesmo não sendo despacho, não precisa ser fundamentada, a ela não se aplicando a regra disposta no art. 93, IX, da CF. A decisão impugnada e que chegou ao STJ, após ser mantida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), foi lançada nos seguintes e exatos termos: "I - Recebo a denúncia, uma vez presentes seus requisitos legais (art. 41 do CPP), bem como ausentes as hipóteses de sua rejeição (art. 359 do CPP)".

Decisões como esta, sem nenhuma indicação concreta e objetiva da presença de indícios de autoria e de materialidade, são admitidas como válidas e suficientes para justificar a instauração de um processo criminal no Brasil.

No âmbito do processo civil, pelo que se extrai textualmente do artigo 489, §

pena de ser negada, *ab initio,* a tutela jurisdicional criminal efetiva" (GIACOMOLLI, Nereu José, ob. cit., p. 220).

[16]STJ, AgRg no RHC 142526/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgamento: 11.5.2021.

1º, do Código de Processo Civil, tanto as sentenças e acórdãos quanto as decisões interlocutórias devem ser fundamentadas, a indicar, pois, que o sistema processual brasileiro como um todo exige, e isso decorre da própria e já referida previsão constitucional contida no artigo 93, IX, da CF, que todo ato jurisdicional, com exceção dos despachos, seja devidamente fundamentado.

No caso específico do juízo de admissibilidade da ação penal, é importante considerar que a fundamentação constante do recebimento da denúncia é indispensável, na seara de um Estado Democrático de Direito, "para que o indivíduo compreenda as razões que levaram o Estado a exercer o *ius puniendi* e, com isso, possa melhor exercer seu direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa"[17].

Então, qualquer recebimento implícito, tácito, não fundamentado da denúncia ou da queixa impede que o acusado compreenda os reais motivos que levaram o Estado a admitir a viabilidade da acusação que lhe foi dirigida e que pode lhe causar graves consequências jurídicas e também não jurídicas.

A esse respeito diz Ferrajoli:

> O processo como pena. Imputação penal e rotulação social – A todas essas várias formas e mecanismos de diferenciação interna da pena de multiplicação de sanções atípicas não retribuidoras deve-se, por fim, somar o desenvolvimento inflacional do processo penal, que na sociedade moderna de comunicação de massa tende a se tornar, por si mesmo, uma sanção talvez mais odiosa que a própria pena tradicional. Pense-se no uso da incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública e, por outro lado, em direção à proliferação de milhões de processos a cada ano, aos quais não se seguem pena alguma, produtores apenas de certificados penais e de *status* jurídico-sociais (de reincidente, de perigoso, ou no aguardo de sentença ou similares). Tal alteração da função do processo, favorecida pela estrutura bifásica, torna legítimo falar de 'penas processuais' (...). Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção

[17] SOUZA, Marcelo Serrano e JACINTHO, Jussara Maria Moreno. "O recebimento implícito ou tácito da denúncia no processo penal como hipótese de violação aos princípios do devido processo legal e da motivação das decisões", in Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição, vol. 2, n. 1, Brasília, jan./jun. 2016, p. 624.

> mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena (...) mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e a amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão (...); a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas dos jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumivelmente inocente[18].

A situação é tão mais grave quando se observa que hoje, até como decorrência do constante uso das redes sociais, qualquer notícia, mais ainda que provoque a curiosidade da população e dos meios de comunicação, rapidamente se espalha e alcança enorme extensão, a indicar que a estigmatização social que advém da condição de acusado em um processo penal dificilmente será revertida.

Bem adverte Casara, e sua advertência ultrapassa, hodiernamente, o conceito tradicional de meios de comunicação (rádio, jornal, televisão), que "longe de ajudar, a mídia tem participação ativa no processo de estigmatização social"[19], muito concorrendo para a constituição de uma sociedade do espetáculo, com o acusado, no mais das vezes, sendo prejulgado de fora para dentro do processo.

É importante destacar que quando se fala da necessidade de motivação das decisões que analisam e eventualmente recebem a inicial acusatória naturalmente não se está exigindo o mesmo grau de aprofundamento, de cognição, que se exige, por exemplo, de uma sentença condenatória. O que se exige é que a aptidão da inicial, as condições e pressupostos processuais e a justa causa que deve embasar a denúncia ou a queixa sejam apreciadas e apontadas pelo juiz no ato de admissibilidade da acusação. Aliás, a Lei 13.869/2019, atual lei do abuso de autoridade, em seu artigo 30, criminaliza a conduta dolosa, dentre outras, de quem inicia ou procede à persecução penal sem justa causa fundamentada.

---

[18] FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 674-675.
[19] CASARA, Rubens. Mitologia processual penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.

Outro ponto que merece menção diz respeito à constante utilização de um suposto "princípio" do *in dubio pro societate* para justificar o recebimento da denúncia ou da queixa, tal como se houvesse, nessa etapa procedimental, nos limites, claro, do alcance de uma decisão interlocutória, autorização legal para enfraquecer a posição do acusado no âmbito do processo penal.

Na realidade o que se tem, quer na CF, em seu artigo 5º, LVII, quer na CADH, em seu artigo 8º, "2", ou, ainda, no PIDCP, em seu artigo 14, "2", é o princípio da presunção de inocência, que "representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado"[20]. É o princípio da presunção de inocência, a cada etapa do desenrolar processual e não só na sentença, que deve servir de base em toda tomada de decisão judicial.

O aludido "princípio" do *in dubio pro societate* é, para Moraes, um "absurdo lógico-jurídico uma vez que o órgão acusador, que tem o ônus de provar sua tese jurídica, será o beneficiado por não cumpri-lo de modo suficiente"[21]. Especificamente no que diz respeito ao recebimento da denúncia, "caso o juízo tenha certeza de que não há justa causa ou tenha dúvida quanto a sua existência, não deverá autorizar o início da ação penal, rejeitando a peça acusatória (denúncia ou queixa)[22]".

Necessário aqui asseverar que o mesmo cuidado que há de se ter para admitir acusação contra um acusado adulto deve pautar a atuação judicial em relação aos processos de apuração de ato infracional referente aos adolescentes, mesmo porque por esses processos os adolescentes podem ser responsabilizados, inclusive com eventual perda de liberdade, e por isso devem contar com os mesmos direitos dos adultos (*v.g.* presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição etc.), na forma prevista no artigo 35, I, da Lei 12.594/2012.

São esses os parâmetros legais e constitucionais que devem pautar a atuação do juiz no processo penal, em todas as suas etapas, até porque sua função é, em qualquer Estado Democrático de Direito, o de garante do direito de todos e contra

---

[20] FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., p. 506.
[21] MORAES, Mauricio Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 413.
[22] Ibidem, p. 416.

todos, se isso for necessário, indistintamente. No processo penal brasileiro, a "cultura acusatória, do seu lado, impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante!"[23].

Considerações finais

O processo penal brasileiro ganhou nova roupagem com a Constituição Federal de 1988 e, em continuidade, com pontuais e parciais reformas do ainda vigente Código de Processo Penal de 1941.

Ainda que distante do que outros ordenamentos jurídicos estabelecem, mormente garantindo a participação prévia da defesa no exercício do contraditório antes do juízo de admissibilidade da acusação, o processo penal brasileiro aponta, indiscutivelmente, para a necessidade de se fundamentar o recebimento da denúncia ou da queixa, até mesmo pelas consequências processuais e extraprocessuais que este ato jurisdicional produz na vida do acusado.

A análise objetiva e fundamentada dos elementos de informação que embasam a inicial acusatória é indispensável também como garantia política do exercício da jurisdição, até porque o que assegura legitimidade democrática à atuação do Poder Judiciário é justamente a motivação de suas decisões.

O juízo de admissibilidade da acusação é, enfim, momento processual de destaque e relevante para coibir eventuais abusos e excessos no campo da persecução penal e que, muitas vezes, são irreversíveis.

É preciso ter em mente que no processo penal o Estado atua contra o mais débil, que é o acusado, e por isso é necessário que o julgador apenas admita o início de um processo penal quando sua regularidade e viabilidade forem inquestionáveis. Não há como se falar em processo penal minimamente democrático sem o efetivo respeito às regras do jogo.

[23] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de informação legislativa, Brasília, n. 183, julho./set. 2009, p. 114.

Referências bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Ivahy Righi. "Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*", in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 38, 2002, p. 122-141.

CASARA, Rubens. Mitologia processual penal. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado", in Revista de informação legislativa, n. 183, jul./set. 2009, p. 103-115.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HARTMANN, Érica. A parcialidade do controle jurisdicional da motivação das decisões**.** Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem constitucional conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEROTO, Marcos Rogério. O exame prévio da admissibilidade da ação penal na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais do imputado. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), Canoas, 2006.

POLI, Camilin Marcie de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. "O contraditório prévio ao juízo de admissibilidade da acusação", in Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, vol 1. UNIBRASIL, 2012, p. 123-140.

SCHEID, Carlos Eduardo. A motivação das decisões penais a partir da teoria garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Marcelo Serrano e JACINTHO, Jussara Maria Moreno. "O recebimento implícito ou tácito da denúncia no processo penal como hipótese de violação aos princípios do devido processo legal e da motivação das decisões", in Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição, Brasília, vol. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 613-633.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

7. CENÁRIO PANDÊMICO: A PROTEÇÃO SOCIAL ESPECIAL AOS GRUPOS VULNERÁVEIS NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOASSISTENCIAIS BRASILEIRAS

https://doi.org/10.36592/9786581110642-07

André Viana Custódio[1]

Juliana Toralles dos Santos Braga[2]

INTRODUÇÃO

As desigualdades sociais e as linhas abissais entre as classes integram a história do Brasil, de forma que o debate sobre a assistência social e a proteção aos grupos vulneráveis no contexto das políticas públicas socioassistenciais brasileiras no presente cenário pandêmico é de extrema relevância. Esse tema guia toda a estrutura coletiva almejada pela Constituição da República Federativa do Brasil e fundada na dignidade da pessoa humana.

Busca-se, nessa senda, estudar as atuais políticas públicas socioassistenciais, especialmente quais são as respostas públicas e privadas que podem ser oferecidas aos grupos vulneráveis.

O problema proposto é: há possibilidade de um futuro promissor, no qual a responsabilidade compartilhada, a proteção aos direitos humanos e a garantia de proteção social se colocam como elementos concretos para o efetivo desenvolvimento humano, social e econômico, tendo em vista as consequências da pandemia de Covid-19?

Sendo assim, na primeira parte do estudo serão analisados fundamentos das políticas públicas socioassistenciais brasileiras através de um breve panorama

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, pós-doutorado pela Universidade de Sevilha/Espanha, professor permanente e coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPGD/UNISC E-mail: andreviana.sc@gmail.com

[2] Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande, e advogada. Integrante Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPGD/UNISC. E-mail: jutsb@hotmail.com

histórico da construção da proteção social.

Após se discorrerá sobre a crise da assistência social e o cenário pandêmico, em especial o contexto econômico e político brasileiro atingido por política neoliberais, as quais se configuram de forma adversa à expansão da assistência social como política pública e atacam diretamente a configuração dos padrões universalistas e redistributivos de proteção social até então buscados e construídos.

O método de abordagem foi dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada nas seguintes bases de dados do banco de teses da Capes, periódicos avaliados no Qualis da Capes, bibliografia nacional e internacional. Já a pesquisa documental foi feita com base nas publicações do Governo Federal e do Laboratório Global de Desigualdades.

1 OS FUNDAMENTOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOASSISTENCIAIS BRASILEIRAS

Em todas as sociedades as condição e presença dos pobres sempre se fizeram presentes em maior ou menor grau. Assim, cabível um breve panorama histórico da construção da proteção social.

Na sociedades pré-modernas, a pobreza era considerada um fato natural, inerente à vida e decorrente da vontade divina ou do destino, ao passo que o auxílio aos pobres estava vinculado a um critério moral e decorria da generosidade dos mais ricos – desvinculado de um critério de justiça social[3].

Na modernidade esse auxílio torna-se fundamento da sociedade, deixando de ser visto apenas como uma virtude. Rosseau afirmara que que a desigualdade é contra a lei da natureza, embora tenha origem na própria sociedade:

> Resulta do exposto que a desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, tira a sua força e o seu crescimento do desenvolvimento das nossas faculdades

[3] IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social no Estado contemporâneo. Fundamentos, financiamento e regulação. Niterói: Impetus, 2011. p. 39.

> e dos progressos do espírito humano, tornando-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis.[4]

Já a partir do fim do século XVII, com a revolução industrial, a visão de pobreza foi dirigida para o desenvolvimento da riqueza nacional, de forma que ela deixou de ser reconhecida como uma condição natural. Entretanto também não se limitava unicamente à carência de recurso, pois eram considerados pobres aqueles que não podiam ou não queriam trabalhar, havendo uma clara relação do conceito de pobreza com as necessidades da indústria crescente[5].

Uma forma inicial de proteção social pode ser identificada nesse momento histórico, a qual pode ser chamada de paternalista industrial e que consistia em um conjunto de práticas sociais desenvolvida pelos empregadores para os empregados, relacionadas à melhora da qualidade de vida do trabalhador, o que consequentemente redundava em melhoria das condições contratuais relativas às condições de trabalho[6].

As práticas de socorros emergenciais das duas guerras mundiais e os processos de reconstrução pós-guerra dos estados de bem estar social trouxeram novas necessidades e significados para a assistência social, de forma que a partir do final do século XIX houve o desenvolvimento de diversas ferramentas de proteção social. Inicialmente, esses sistemas de seguro social eram caracterizado por uma concepção ainda laboralista ou mutualista, tal como o sistema implementado por Otto von Bismark nos anos 1883 a 1889, na Alemanha.

O modelo bismarckiano adota um conceito de benefícios que se destinam a manter a renda dos trabalhadores em momentos de risco social, decorrentes da ausência de trabalho, de maneira que, embora o seguro social fosse imposto pelo

---

[4] ROSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens e se é autorizada pela lei natural. Amsterdan, 1753.p. 46. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf> Acesso em 07 de dezembro de 2021.

[5] PASSOS, Fabio Luiz dos. O limbo da proteção social: entre a assistência e a previdência. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. Benefício assistencial: teoria geral, processo, custeio: a luta pelo direito assistencial no Brasil. 2.ed. São Paulo: LTr, 2018. p.20.

[6] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Economia e seguridade social: análise econômica do direito. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.25-26.

Estado, ainda não havia uma noção de solidariedade social[7].

> Apenas posteriormente e paulatinamente é que a Seguridade Social desvincula-se da questão profissional e vai se transformando, pouco a pouco, em verdadeiro direito fundamental, decorrente da própria cidadania e da condição de pessoa humana, titularizada e fruível por toda a população, independentemente da sua situação profissional[8].

Posteriormente, o capitalismo cedeu espaço às chamadas políticas keynesianas, e, nesse contexto, em 1943, é formulado na Inglaterra o Plano Beveridge por Willian Henry Beveridge. O modelo beveridgiano criou um sistema universal e de repartição, através do qual toda a população contribui para a criação de um fundo que tem como principal objetivo a proteção dos cidadãos atingidos pelo desamparo social e o combate à pobreza[9]. Assim, a concepção de seguridade social ganha uma perspectiva universalista a partir do Relatório Beveridge de 1942, se estendendo a toda a população, isto é, a qualquer cidadão em situação de necessidade.

No Brasil, a primeira legislação infraconstitucional de proteção social sobreveio o final do século XIX, consolidando-se mais substancialmente no início do século XX, sendo que os direitos sociais e a seguridade social ganharam status constitucional apenas nas Constituições de 1934 e 1937, superando o paradigma liberal que caracterizava a Constituição Republicana de 1891 e a Carta Imperial de 1824; entretanto a os direitos de seguridade social na época se limitava a um padrão normativo de ordem mutualista/laborista, o que era instrumentalizado, no Brasil, pela posse da carteira de trabalho[10].

O modelo de Estado Social no Brasil, centrado no trabalho, aliou o caráter ocupacional dos cidadãos a um caráter assistencial meritocrático de distribuição de acessos dos demais brasileiros sem inserção formal, sendo que "a esses couberam

[7] BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Reforma previdenciária: neoliberalismo versus direitos sociais previdenciários. Qual caminho desejamos tomar? 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2020. p.35.
[8] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Seguridade social como direito fundamental material. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 144.
[9] BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Reforma previdenciária: neoliberalismo versus direitos sociais previdenciários. Qual caminho desejamos tomar? 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2020. p.35.
[10] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Economia e seguridade social: análise econômica do direito. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.28.

apenas ações pontuais, fundadas no assistencialismo e no populismo, marcadas principalmente pela presença das "primeiras-damas"[11].

> Apenas posteriormente e paulatinamente é que a Seguridade Social desvincula-se da questão profissional e vai se transformando, pouco a pouco, em verdadeiro direito fundamental, decorrente da própria cidadania e da condição de pessoa humana, titularizado e fruível por toda a população, independentemente de sua situação profissional[12].

Desde o mais básico, que foi o reconhecimento da profissão de assistente social, realizada no Brasil em 1957 até o reconhecimento que a assistência social é dever do Estado e Direito do Cidadão, muitos desafios foram superados.

O serviço social teve sua regulamentação profissional através da Lei nº. 3252, de 27 de agosto de 1957, a qual posteriormente regulamentada pelo Decreto nº. 994, de 15 de maio de 1962. Esse decreto determinou que a disciplina e fiscalização do exercício profissional caberiam ao Conselho Federal de Assistentes Sociais (CFAS) e aos Conselhos Regionais de Assistentes Sociais (CRAS), sendo, assim, o marco legal da criação desses conselhos.

O Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976, a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), por sua vez, compreendeu as disposições da Lei nº. 3.807, de 26 de agosto de 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social e da respectiva legislação complementar, revistas, atualizadas e renumeradas, reunindo-as. No ano posterior, a Lei nº. 6.439, de 1º de setembro de 1977, institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), o qual reuniu o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), a Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV), o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) e a Central de Medicamentos (CEME).

---

[11] SPOSATI, Adaílza. Mínimos sociais e seguridade social: uma revolução da consciência da cidadania. Serviço Social e Sociedade. n. 55. a. XVIII, nov. 1997. p. 9.
[12] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Economia e seguridade social: análise econômica do direito. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.28.

> Essa sucessão de fatos, durante o período da ditadura militar, buscava demonstrar à população uma especial preocupação do Estado com a questão social, contudo, uma análise mais profunda denota mais uma manobra para a conquista da confiança dos brasileiros com enfoque na segurança nacional voltada à eliminação da inquietação política e à suposta promoção do desenvolvimento[13].

Um grande desafio foi a superação da concepção conservadora que caracterizou a profissão nas primeiras décadas, orientada por pressupostos a-críticos e despolitizados diante das relações econômico-sociais[14].

Essa superação ocorreu paralelamente ao movimento de redemocratização da sociedade brasileira e se consolidou com a aprovação do Código de Ética Profissional, de 09 de maio de 1986, cuja introdução indica:

> Inserido neste movimento, a categoria de Assistentes Sociais passa a exigir também uma nova ética que reflita uma vontade coletiva, superando a perspectiva a-histórica e a-crítica, onde os valores são tidos como universais e acima dos interesses de classe. A nova ética é resultado da inserção da categoria nas lutas da classe trabalhadora e, conseqüentemente, de uma nova visai da sociedade brasileira. Neste sentido, a categoria através de suas organizações, faz uma opção clara por uma pratica profissional vinculada aos interesses desta classe. As conquistas no espaço institucional e a garantia da autonomia da prática profissional requerida pelas contradições desta sociedade só poderão ser obtidas através da organização da categoria articulada às demais organizações da classe trabalhadora.[15]

Entretanto, somente a Lei nº. 8662, de 7 de junho de 1993, assegurou possibilidades mais concretas de intervenção, definindo as competências e atribuições privativas do assistente social.

---

[13] BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Reforma previdenciária: neoliberalismo versus direitos sociais previdenciários. Qual caminho desejamos tomar? 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2020. p.30.
[14] BARROCO, M. L. S. Ética e Serviço Social: fundamentos ontológicos. São Paulo, Cortez, 2001. p. 95.
[15] CFESS. Código de Ética Profissional do Assistente Social. 1986. Disponível em: < http://www.cfess.org.br/visualizar/menu/local/o-cfess> Acesso em 08 de Dezembro de 2021.

Isso deu no contexto da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1998, através de uma transição do regime autoritário para a democracia, com o estabelecimento do sistema de Seguridade Social como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, com claro compromisso cos direitos fundamentais e com base em uma forte tendência à universalização.

> Vale ressaltar que, nesse momento histórico, passa a vigorar uma lógica protecionista não mais atinente à ideia de dano, mas, muito mais vinculada à ideia de resposta às contingências sociais. A proteção social, ademais, cada vez mais ganha o contorno de direito subjetivo, e, sobretudo, de direito fundamental, previsto no plano jurídico interno e internacional[16].

Assim, a CRFB traz a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil no art. 1º, bem como no art. 3º elenca como seus objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A seguridade social passou a ser integrada e organizada conforme o determinado no art. 194 da CRFB: "Art. 194. 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."[17]. Dessa maneira, foi instituído o atual sistema, composto pelo tripé saúde (não contributivo), assistência social (não contributivo) e previdência social (contributivo), sendo que os recursos adquiridos com as contribuições sociais são destinados para o seu orçamento, e não exclusivamente para saúde, assistência social ou previdência social

---

[16] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Economia e seguridade social: análise econômica do direito. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.29-30.

[17] BRASIL. 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>

O mesmo dispositivo constitucional determina a organização da seguridade social, com base nos seguintes objetivos: universalidade da cobertura e do atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, equidade na forma de participação no custeio, entre outros.

Se denota, assim, a jusfundamentalidade material da seguridade social, incluindo tudo a que sua estrutura se destina, as prestações securitárias e as modalidades de benefícios, utilizando os seguintes argumentos: primeiramente a dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito –, a concepção de que a Constituição se consubstancia em repositório de valores primordiais e o referencial de justiça adotado por uma sociedade, a partir da estreita vinculação com a garantia de mínimo existencial, o fenômeno da universalização dos direitos fundamentais, a análise sob o prisma do Direito Internacional dos direitos humanos e a partir da análise dos fins do Estado[18].

Contudo, apesar do caráter inovador e da intenção de compor um sistema amplo de proteção social, a seguridade social acabou se caracterizando como um sistema híbrido, que associa direitos derivados e dependentes do trabalho na Previdência Social com direitos de caráter universal quanto à saúde e aos direitos seletivos no que tange à assistência social[19].

Serau Junior conceitua a Seguridade Social:

> A Seguridade Social, de tudo o quanto exposto, pode ser compreendida como a estrutura pública ou a função estatal de garantir e atender às necessidades básicas e vitais da população (as contingências sociais), necessidades estas que são derivadas unicamente de sua condição de pessoa humana, atinentes, portanto, ao todo o gênero humano, independentemente do pertencimento a qualquer categoria profissional. A fim de que se cumpra esses objetivos de proteção social, a Seguridade Social deve ser compreendida numa perspectiva

[18] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Seguridade social como direito fundamental material. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. P. 171-178.
[19] BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. 2006. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf >. Acesso em 08 de dezembro de 2021.

> integral, conglobando a Previdência Social, a Assistência Social e também a Saúde[20].

Já a assistência aos desamparados consta como direito social fundamental no art. 6º da CRFB e, portanto, é tanto um direito do cidadão como um dever do estado. A assistência social, por sua vez tem natureza eminentemente não protetiva, destinada à proteção social do cidadão que não possua condições de prover a si próprio, o qual terá sua dignidade humana preservada por conta de uma prestação pública independente de recolhimento de contribuições que garanta um patamar mínimo de condições materiais de existência, acesso a serviços universais e a políticas transversais[21].

Especificamente quanto à assistência social, o art. 203 da CRFB determina que ela será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família[22]. As ações governamentais na área da assistência social organizadas com base na descentralização político-administrativa e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O princípio da solidariedade é princípio fundamental da seguridade social, correspondendo ao fator que "contrapõe e permeia o jogo e a dualidade entre as

---

[20] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Economia e seguridade social: análise econômica do direito. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p.36.
[21] Idem. p.37.
[22] BRASIL. 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>

atividades e obrigações dos particulares e do Estado (supletiva e subsidiária) quanto à proteção social"[23].

Nessa senda, a Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), dispôs sobre a organização da assistência social no Brasil, esclarecendo em seu art. 1º:

> Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.[24]

Além do princípio da solidariedade também são norteadores da assistência social os princípios da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica, da universalização dos direitos sociais, do respeito à dignidade e autonomia do cidadania e ao direito à benefícios e serviços de qualidade, do direito à convivência familiar e comunitária e da igualdade de acesso aos serviços.

Sendo assim, o Direito Socioassistencial surge como ramo jurídico autônomo que visa a garantia da prestação pública de serviços e benefícios necessários à proteção social e ao desenvolvimento humano básico, tendo por base jurídica tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a proteção constitucional no âmbito da seguridade social e a legislação regulamentadora (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS e Sistema Único de Assistência Social – SUAS).

> Art. 6o A gestão das ações na área de assistência social fica organizada sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (Suas), com os seguintes objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

---

[23] SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Seguridade social como direito fundamental material. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. P. 167.

[24] BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>

> I - consolidar a gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre os entes federativos que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)
> II - integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, na forma do art. 6o-C; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)
> III - estabelecer as responsabilidades dos entes federativos na organização, regulação, manutenção e expansão das ações de assistência social; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)
> IV - definir os níveis de gestão, respeitadas as diversidades regionais e municipais; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)
> V - implementar a gestão do trabalho e a educação permanente na assistência social; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)
> VI - estabelecer a gestão integrada de serviços e benefícios; e (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)
> VII - afiançar a vigilância socioassistencial e a garantia de direitos. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)[25]

A organização da assistência social se dá com base nas diretrizes da descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo, bem como da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis, e, da primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

A questão fundamental é quais são as respostas públicas e privadas passaram a ser oferecidas aos grupos vulneráveis.

2 A CRISE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E O CENÁRIO PANDÊMICO

Logo após a promulgação da CRFB, no entanto, o contexto econômico e político brasileiro foi atingido por política neoliberais, as quais se configuram de forma adversa à expansão da assistência social como política pública e atacam

[25] Idem.

diretamente a configuração dos padrões universalistas e redistributivos de proteção social até então buscados e construídos.

Dessa maneira, a construção da assistência social como política de Estado, voltada para a defesa e atenção dos interesses e necessidades sociais dos grupos vulneráveis da sociedade brasileira passou a se realizar na contramão das transformações que ocorrem na ordem econômica internacional, com clara influência neoliberal na direção privatista e fragmentada para as políticas sociais:

> O entendimento é de que o sistema de produção capitalista, centrado na expropriação e na exploração para garantir a mais-valia, e a repartição injusta e desigual da renda nacional entre as classes sociais são responsáveis pela instituição de um processo excludente, gerador e reprodutor da pobreza, entendida enquanto fenômeno estrutural, complexo, de natureza multidimensional, relativo, não podendo ser considerado como mera insuficiência de renda é também desigualdade na distribuição da riqueza socialmente produzida; é não acesso a serviços básicos; à informação; ao trabalho e a uma renda digna; é não a participação social e política.[26]

A distribuição desigual de recursos e possibilidades entre grupos sociais leva a os cidadãos excluídos a um clico de exclusão, na medida em que a pobreza passa a ser parte da experiência diária de grupos vulneráveis. Os impactos destrutivos das transformações norteadas pelo neoliberalismo em andamento no capitalismo contemporâneo, especialmente em países em desenvolvimento atingem diretamente população empobrecida, a qual enfrenta a precarização das relações de trabalho, o desemprego, precário acesso à saúde, o desconforto da moradia precária e insalubre, insegurança alimentar, a fome, o medo e a incerteza, sinais que manifestam a tolerância e a aceitação pobreza, bem como a manifesta incompatibilidade entre os ajustes estruturais da economia ao neoliberalismo e os investimentos sociais do Estado brasileiro, "Incompatibilidade legitimada pelo discurso, pela política e pela sociabilidade engendrados no pensamento neoliberal, que, reconhecendo o dever

[26] YAZBEK, M. C. Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento. Revista Serviço Social & Sociedade, nº. 110. São Paulo: Cortez, 2012.

moral de prestar socorro aos pobres e "inadaptados" à vida social, não reconhece seus direitos sociais"[27]. Situação que se agrava diante da pandemia causada pelo Covid-19.

> Assim, a Seguridade Social representa um tipo de política social que encontra dificuldade para sobreviver no mundo atual, com a economia, a política e o Estado dominados pela lógica financeira e comprometidos com o beneficiamento ao capital privado, em detrimento da proteção social. [28]

Amartya Sen defende que a noção de pobreza não pode se limitar apenas à baixa renda, uma vez que deve ser vista como uma privação de capacidades elementares que se refletem em morte prematura, subnutrição significativa de crianças, morbidez persistente, analfabetismo, desemprego e outras; com essa mudança de perspectiva se tem uma visão diferente e mais relevante da pobreza[29]. Essa é também a visão de Zygmunt Bauman, que analisa que atualmente, no que chama de mundo líquido-moderno, os grupos mais vulneráveis acabam se tornando os danos colaterais de uma sociedade voltada para o lucro e orientada pelo consumo:

> Precisamos agora estender o tema da desigualdade para além da área equivocadamente limitada da renda per capita; ela deve se ampliar até a atração fatal e recíproca entre pobreza e vulnerabilidade social, corrupção, acumulação de perigos, assim como humilhação e negação da dignidade; ou seja, até os fatores que moldam as atitudes e a conduta e que são responsáveis pela integração. [30]

Daí se verifica os desafios da universalização no Brasil, os quais englobam territorialização dos equipamentos (CRAS, CREAS, Centro POP, Serviços de

---

[27] Idem.
[28] DAVI, Jordeana; SERPA, Moema Amélia; SILVA, Sheyla Suely de Souza; MEDEIROS JUNIOR, Geraldo Medeiros; SANTOS, Maria Aparecida dos. A Seguridade Social em tempos de crise do capital: o desmonte de seu orçamento. SER Social, Brasília, v. 12, n. 26, p. 59-87, jan./jun. 2010. p.80.
[29] SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.p. 36.
[30] BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p.3.

Acolhimento), universalização dos serviços, responsabilidades compartilhadas, garantia estável de financiamento público, intersetorialidade – com pactuação intersetorial de fluxos de encaminhamento e protocolos de atendimento –, qualificação e consolidação das equipes de atendimento, retorno do empobrecimento das famílias e o surgimento sistemático de novos usuários da assistência social, fortalecimento de redes e fóruns e o enfrentamento das causas estruturais da pobreza.

A ausência da organização pública da assistência social fez persistir práticas voluntarista, desarticuladas, de baixo impacto social e alto custo.

De acordo com o estudo do *World Inequality Lab* (Laboratório das Desigualdades Mundiais) publicado em dezembro de 2021 e referente ao próximo ano, o Brasil entre os países com maior desigualdade social e de renda do mundo. No país, os 10% mais ricos representam 58,6% da renda total do país, sendo que as estatísticas disponíveis indicam esse grupo sempre ganhou mais da metade da renda nacional, ao passo que a metade da população brasileira mais pobre só ganha 10% do total da renda nacional – ou seja, os 50% mais pobres ganham 29 vezes menos do que recebem os 10% mais ricos no Brasil; o estudo aponta que desde os anos 2000, se verificou uma redução da desigualdade foi reduzida no Brasil e a retirada de milhões da pobreza graças a programas governamentais como o Bolsa Família, no entanto, na ausência de grandes reformas tributárias e agrárias, a desigualdade de renda geral permaneceu virtualmente inalterada.[31]

Nesse ponto pode ser destacada também além da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), a Política Nacional de Assistência Social de 2004 (PNAS), a Norma Operacional Básica de 2005 (NOB/SUAS), a Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do Sistema Único de Assistência Social de 2006 (NOB-RH/SUAS), o Protocolo de Gestão Integrada de Serviços, Benefícios e Transferência de Renda no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) de 2009 e a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais também de 2009.

[31] UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. World Inequality Report – 2022. Paris School of Economics, Paris, 2021. Disónível em: < https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2021/12/WorldInequalityReport2022_FullReport.pdf> Acesso em 09 de Dezembro de 2021. p. 185.

> O SUAS, cujo modelo de gestão é descentralizado e participativo, constitui-se na regulação e organização em todo o território nacional das ações socioassistenciais. Os serviços, programas, projetos e benefícios têm como foco prioritário a atenção às famílias, seus membros e indivíduos e o território como base de organização, que passam a ser definidos pelas funções que desempenham, pelo número de pessoas que deles necessitam e pela sua complexidade. Pressupõe, ainda, gestão compartilhada, co-financiamento da política pelas três esferas de governo e definição clara das competências técnico-políticas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com a participação e mobilização da sociedade civil, e estes têm o papel efetivo na sua implantação e implementação. O SUAS materializa o conteúdo da LOAS, cumprindo no tempo histórico dessa política as exigências para a realização dos objetivos e resultados esperados que devem consagrar direitos de cidadania e inclusão social[32].

Entretanto, no Brasil, em 2021, os 50% mais pobres possuem apenas 0,4% da riqueza brasileira enquanto o 1% mais rico possui quase a metade da fortuna patrimonial brasileira e os 10% mais ricos possuem quase 80% do patrimônio privado do país, sendo que a concentração de capital é ainda maior na faixa dos ultra-ricos, o 1% mais abastado da população possui 48,9% da riqueza nacional[33].

> A pessoa desejada pelo modelo de produção capitalista globalizada é padronizada de acordo com os interesses sistêmicos. A padronização de pessoas em um modelo globalizado causa exclusão social aos sujeitos que não estejam de acordo com os desejos dos detentores do capital. Nesse sentido, as classes mais pobres e os grupos ou segmentos em situação de vulnerabilidade, nele inseridos as crianças e os adolescentes, são os que mais sofrem com as consequências da exclusão social, surgindo a necessidade de intervenção

[32] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Secretaria Nacional de Assistência Social. Política Nacional de Assistência Social PNAS/ 2004. Brasília, Novembro de 2005. Disponível em: < http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2019/07/PNAS_2004.pdf> Acesso em 08 de Dezembro de 2021.

[33] UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. World Inequality Report – 2022. Paris School of Economics, Paris, 2021. Disónível em: < https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2021/12/WorldInequalityReport2022_FullReport.pdf> Acesso em 09 de Dezembro de 2021. p. 186.

> estatal por meio da criação de políticas públicas para enfrentar essa exclusão e a regulamentação do capitalismo, impondo limites. A situação de exclusão social é caracterizada pela limitação e/ ou restrição de direitos sociais próprios da condição de cidadão e pela privação econômica.[34]

O cenário pandêmico agravou ainda mais a desigualdade social no país, especialmente em razão de fatores locais como a paralisia institucional e o despreparo para lidar com os efeitos da crise decorrente da pandemia de Covid-19, assim como a dificuldade para o reordenamento das ações para alcançar os objetivos necessários de proteção social e a capacidade de pensar o fortalecimento do SUAS no cenário pós-pandêmico e o preparar para o retorno de situações semelhantes.

Para tanto, é necessário atentar tanto para a Proteção Social Básica, no sentido de prevenir situações de risco por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e de fortalecer vínculos familiares e comunitários; quanto para a Proteção Social Especial, de forma a organizar a oferta de serviços, programas e projetos de caráter especializado, que tenham por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, para o fortalecimento de potencialidades e aquisições e para a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de risco pessoal e social, por violação de direitos.

A Proteção Social Especial pode ser de média complexidade, quando se trata de violação de direitos decorrente de vínculos fragilizados, com encaminhamento aos Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) e aos Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (Centros POP). E ela também pode ser alta complexidade, quando envolver vínculos rompidos, com encaminhamento aos serviços de acolhimento familiar e institucional.

A Proteção Social Especial de média complexidade tem por objetivo contribuir para construção e fortalecimento de vínculos familiares e comunitários, o fortalecimento de potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos

[34] CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. O programa Bolsa Família no contexto da política pública de assistência social no Brasil: medidas estratégicas para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes. Franca, Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.23, n.38, 2019. p. 172.

para o enfrentamento da situações de risco pessoal e social, por violação de direitos como: violências que ocorrem na própria família da pessoa – abandono, negligência, violência física ou violência psicológica; discriminação por raça/cor e etnia, gênero, idade, identidade de gênero, orientação sexual, deficiência; exploração de trabalho infantil; afastamento ou rompimento do convívio familiar; cumprimento de medidas socioeducativas; violência sexual – tanto o abuso, quanto a exploração sexual; dependência de cuidados em razão de idade avançada (para pessoas idosas) ou em razão de deficiência (independentemente da idade); atendimento a vítimas de calamidades ou emergência social, como no caso do rompimento de barragens, enchentes, secas, migração etc.

Para tanto, os CREAS têm abrangência municipal territorializada e demanda uma articulação em rede que envolva: Serviços socioassistenciais de Proteção Social Básica e Proteção Social Especial; Serviços das políticas públicas setoriais; Sociedade civil organizada; Demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos; Sistema de Segurança Pública; Instituições de Ensino e Pesquisa; Serviços, programas e projetos de instituições não governamentais e comunitárias. O impacto social esperado é a contribuição direta para a redução das violações dos direitos socioassistenciais, seus agravamentos ou reincidência; orientação e proteção social a famílias e indivíduos; acesso a serviços socioassistenciais e das políticas públicas setoriais; identificação de situações de violação de direitos socioassistenciais; e melhoria da qualidade de vida das famílias.[35]

Quanto à abrangência territorializada, destaca-se que o território permite compreender a forma como as relações sociais se materializam num determinado espaço e as oportunidades de exposição à riscos, que conformam e potencializam as vulnerabilidades próprias da dimensão territorial. De igual sorte, as situações de risco pessoal e social decorrentes de violações de direitos que se expressam no território devem levar em consideração os aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais de determinado contexto.

---

[35] BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS. Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais. Brasília, 2014. Disponível em: < http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/tipificacao.pdf> Acesso em 08 de Dezembro de 2021.

Dessa forma, organiza a oferta dos serviços, programas e projetos de caráter especializado, requer estruturação técnica e operativa das equipes e foco no atendimento especializado, individualizado, continuado e articulado.

São condicionantes da operacionalização: estrutura física, necessária para promover a acolhida adequada e escuta qualificada dos usuários em ambiente acolhedor, com espaço adequado para os atendimentos individuais ou em grupo, com condições de sigilo e privacidade. Idade; equipamentos e materiais; e equipe técnica, uma vez que os recursos humanos constituem elemento fundamental para efetividade do trabalho e para a qualidade dos serviços prestados pelo CREAS. A vinculação dos profissionais com a família/indivíduo constitui um dos principais elementos que qualificam a oferta do trabalho social especializado.

Nesse sentido, são objetivos da atenção ofertada nos serviços o fortalecimento da função protetiva da família, a construção de possibilidades de mudança e transformação de padrões de relacionamentos familiares e comunitários com violação de direitos, o empoderamento e a participação social, assim como o acesso aos serviços da rede de abrangência e proteção social.

Para tanto, se faz imprescindível garantir o acesso aos direitos socioassistenciais através da mobilização por meio de campanhas intersetoriais de mobilização para prevenção e enfrentamento de violações de direitos, envolvendo a sociedade civil para a prevenção e compartilhamento de responsabilidades na proteção e atendimento, a participação social dos usuários, responsabilidades compartilhadas, estratégias de fortalecimento e inclusão social e o fortalecimento da dimensão política das ações.

Levando-se em conta especialmente o cenário pandêmico que revela as veias abertas das desigualdades e das discriminações no mundo, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, atingiu mais violentamente as populações cujas condições sociais preexistentes as tinham tornado mais vulneráveis, e o coronavírus:

> Revela com sua trágica transparência, não só as desigualdades e as discriminações, como os critérios que as produzem e a fragilidade das narrativas dominantes que as dissimulam. Se somarmos as populações que foram mais duramente atingidas pelo vírus e menos protegidas pelas medidas aplicadas

> para prevenir, mitigar ou conter a sua propagação, estamos falando da maioria da população mundial. E, no entanto, o discurso dominante pré-pandêmico sempre tratou isoladamente esses grupos sociais como se fossem agregações minoritárias. Isolados, parecem credivelmente minorias, mas vistos em conjunto são a maioria da população. A revelação mais desastabilizadora é esta: o que designamos por normalidade é um artifício produzido pela multiplicação e fragmentação de exceções. [36]

Diante disso, é necessário transitar da Distopia para a Utopia, já que para transformar a realidade é preciso mais do que normas. Para que as transformações sejam efetivas é necessário a atuação pública, coletiva e democrática e o reconhecimento essencial da população que a assistência social é indispensável a garantia das condições de dignidade da pessoa humana.

A distopia, assim, representa um país e sociedade imaginária em que tudo está organizado de forma opressiva, assustadora e totalitária, cujo resultado é a paralisia, a alienação ou a ilusão. Já a utopia representa as perspectivas de que há possibilidade de um futuro promissor, no qual a responsabilidade compartilhada, a proteção aos direitos humanos e a garantia de proteção social se colocam como elementos concretos para o efetivo desenvolvimento humano, social e econômico.

CONCLUSÃO

A condição e a presença dos pobres sempre se fizeram presentes em maior ou menor grau e, toda a sociedade, de forma que assim se deu construção da proteção social, cujo panorama foi brevemente exposto até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, a qual previu a jusfundamentalidade material da seguridade social, incluindo tudo a que sua estrutura se destina, as prestações securitárias e as modalidades de benefícios, utilizando como argumentos a dignidade da pessoa humana e a concepção de que a Constituição se consubstancia em repositório de valores primordiais e o referencial

[36] SANTOS, Boaventura de Sousa. O futuro começa agora: da pandemia à utopia. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2021. p. 138-139.

de justiça adotado por uma sociedade, a partir da estreita vinculação com a garantia de mínimo existencial.

Sendo assim, o Direito Socioassistencial surge como ramo jurídico autônomo que visa a garantia da prestação pública de serviços e benefícios necessários à proteção social e ao desenvolvimento humano básico, tendo por base jurídica tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a proteção constitucional no âmbito da seguridade social e a legislação regulamentadora (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS e Sistema Único de Assistência Social – SUAS).

Entretanto, a questão fundamental é quais são as respostas públicas e privadas passaram a ser oferecidas aos grupos vulneráveis.

Em razão das políticas neoliberais, a construção da assistência social como política de Estado, voltada para a defesa e atenção dos interesses e necessidades sociais dos grupos vulneráveis da sociedade brasileira passou a se realizar na contramão das conquistas até então obtidas, gerando uma distribuição desigual de recursos e possibilidades entre grupos sociais que leva a os cidadãos excluídos a um clico de exclusão, na medida em que a pobreza passa a ser parte da experiência diária de grupos vulneráveis.

O cenário pandêmico agravou ainda mais a desigualdade social no país, especialmente em razão de fatores locais como a paralisia institucional e o despreparo para lidar com os efeitos da crise decorrente da pandemia de Covid-19, assim como a dificuldade para o reordenamento das ações para alcançar os objetivos necessários de proteção social e a capacidade de pensar o fortalecimento do SUAS no cenário pós-pandêmico e o preparar para o retorno de situações semelhantes.

Diante disso, se propôs transitar da distopia e da pandemia para a utopia, em direção a transformações que sejam efetivas através da atuação pública, coletiva e democrática. A utopia representa as perspectivas de que há possibilidade de um futuro promissor, no qual a responsabilidade compartilhada, a proteção aos direitos humanos e a garantia de proteção social se colocam como elementos concretos para o efetivo desenvolvimento humano, social e econômico.

REFERÊNCIAS

BARROCO, M. L. S. **Ética e Serviço Social: fundamentos ontológicos**. São Paulo, Cortez, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Reforma previdenciária: neoliberalismo versus direitos sociais previdenciários. Qual caminho desejamos tomar? 2.ed.rev.atual. Curitiba: Juruá, 2020. p.35.

CFESS. **Código de Ética Profissional do Assistente Social.** 1986. Disponível em: < http://www.cfess.org.br/visualizar/menu/local/o-cfess> Acesso em 08 de Dezembro de 2021.

BRASIL. **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>
BRASIL. **Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome Secretaria Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social PNAS/ 2004**. Brasília, Novembro de 2005. Disponível em: < http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2019/07/PNAS_2004.pdf> Acesso em 08 de Dezembro de 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Secretaria Nacional de Assistência Social – SNAS. T**ipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais.** Brasília, 2014. Disponível em: < http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Normativas/tipificacao.pdf> Acesso em 08 de Dezembro de 2021.

BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação**. 2006. Disponível em: <http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf >. Acesso em 08 de dezembro de 2021.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa. **O programa Bolsa Família no contexto da política pública de assistência social no Brasil: medidas estratégicas para o desenvolvimento integral de crianças e adolescentes**. Franca, Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.23, n.38, 2019. p. 167-195.

DAVI, Jordeana; SERPA, Moema Amélia; SILVA, Sheyla Suely de Souza; MEDEIROS JUNIOR, Geraldo Medeiros; SANTOS, Maria Aparecida dos. **A Seguridade Social em tempos de crise do capital: o desmonte de seu orçamento.** SER Social, Brasília, v. 12, n. 26, p. 59-87, jan./jun. 2010. p. 59-87

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no Estado contemporâneo**. Fundamentos, financiamento e regulação. Niterói: Impetus, 2011.

PASSOS, Fabio Luiz dos. **O limbo da proteção social: entre a assistência e a previdência.** In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. Benefício assistencial: teoria geral, processo, custeio: a luta pelo direito assistencial no Brasil. 2.ed. São Paulo: LTr, 2018.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens e se é autorizada pela lei natural.** Amsterdan, 1753. Disponível em: < http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000053.pdf> Acesso em 07 de dezembro de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora: da pandemia à utopia**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade social como direito fundamental material**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Economia e seguridade social: análise econômica do direito**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SPOSATI, Adaílza. **Mínimos sociais e seguridade social: uma revolução da consciência da cidadania.** Serviço Social e Sociedade. n. 55. a. XVIII, nov. 1997. p. 9-38.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **World Inequality Report – 2022.** Paris School of Economics, Paris, 2021. Disponível em: < https://wir2022.wid.world/www-site/uploads/2021/12/WorldInequalityReport2022_FullReport.pdf> Acesso em 09 de Dezembro de 2021.

YAZBEK, M. C. **Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento**. Revista Serviço Social & Sociedade, nº. 110. São Paulo: Cortez, 2012.

8. ESTADO, POLÍTICAS PÚBLICAS E CIDADE CAPITALISTA

https://doi.org/10.36592/9786581110642-08

César Albenes de Mendonça Cruz [1]

RESUMO

O presente texto aborda a relação Estado, Políticas Públicas e Cidade Capitalista de uma forma crítica, partindo do materialismo dialético. Analisa a concepção marxista de Estado capitalista, o poder do Estado e suas funções históricas e o papel do Estado sob a mundialização do capital. Discute também a noção de políticas públicas e a cidade como produto da relação capital X trabalho, sob a mediação do Estado capitalista. É um texto teórico que recupera as principais noções marxistas sobre o Estado numa tentativa de compreensão do papel da cidade na atualidade, na sua forma de organização e de gestão das políticas públicas e na disputa entre as classes dos recursos públicos arrecadados por ela.
Palavras-Chave: Estado – Políticas Públicas – Cidade – Capitalismo – Mundialização do Capital

ABSTRACT

This text approaches the relationship between State, Public Policies and Capitalist City in a critical way, starting from dialectical materialism. It analyzes the Marxist conception of the capitalist state, the power of the state and its historical functions and the role of the state under the globalization of capital. It also discusses the notion of public policies and the city as a product of the relationship between capital and labor, under the mediation of the capitalist state. It is a theoretical text that recovers the main Marxist notions about the State in an attempt to understand the role of the city today, in its form of organization and management of public policies and in the dispute between the classes of public resources collected by it.
Keywords: State - Public Policies - City - Capitalism - Globalization of Capital

INTRODUÇÃO

Os estudos dos clássicos da economia, segundo Bobbio et al. (1986), eram prenhes de sugestões quanto à intervenção estatal. As primeiras formulações

[1] Graduado em Filosofia e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Doutor em Serviço Social pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e Pós-Doutor em Política Social pela UFES. Professor do Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local da Escola de Ciências da Santa Casa de Misericórdia de Vitória/ES (EMESCAM) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV). E-mail: cesar.cruz@fdv.br

correspondiam às necessidades da acumulação primitiva do capital (ou do capitalismo comercial), abrindo a trilha para a revolução industrial. Com o surgimento do capitalismo, as exigências passaram a ser outras, havendo a configuração de uma disputa, pelo comando das políticas estatais, entre as forças sociais ligadas ao comércio e aquelas novas forças vinculadas à indústria, sendo as políticas reorientadas para o objetivo da acumulação capitalista, precedida pelo crescimento da hegemonia da burguesia.

As políticas relativas à abertura do mercado para a livre troca foram de responsabilidade dos Estados capitalistas. Esses analistas políticos citam Stuart Mill, para ressaltar que as leis de distribuição dependem do ordenamento político[2].

O termo política passou a delimitar o conjunto de atividades que, de alguma maneira, se referencia ao Estado, aparecendo este como sujeito de atos, tais como: ordenar ou proibir algumas ações; instituir normas sobre um determinado território; formular e aprovar leis que vigorarão sobre uma sociedade; alocar, tirar e transferir recursos de um setor da vida social para outros etc. Mas para entender a noção de políticas públicas, nos remetemos ao campo da Teoria política e, principalmente, da crítica da Economia política, porque seus pressupostos se encontram na explicação da natureza do Estado e da sociedade burguesa.

Neste artigo vamos retomar a concepção de Estado capitalista desenvolvida pelo pensamento crítico de Karl Marx. Em seguida abordaremos o poder do Estado e suas funções históricas e o papel do Estado sob a mundialização do capital. Abordaremos também a noção de políticas públicas que daí emerge e por último abordaremos a questão da cidade como produto da relação entre capital X trabalho, sob a mediação do Estado capitalista. Nas considerações finais, apontamos o papel político do Estado na regulação da ordem social capitalista.

1 CONCEPÇÃO DO ESTADO CAPITALISTA

O Estado capitalista aparece numa determinada fase de desenvolvimento das forças produtivas, em que a sociedade se encontrava internamente bastante dividida,

[2] Diferentemente das leis de produção, que para os economistas clássicos, é um processo governado por leis naturais. Ver a crítica de Marx (1982) em « Introdução [à Crítica da Economia Política] ».

apresentando uma contradição insolúvel, a divisão de classes provocada por antagonismos inconciliáveis:

- de um lado, os capitalistas, proprietários dos meios de produção;

- e de outro, a massa de trabalhadores, possuidores exclusivamente da força de trabalho, que têm que submeter a sua força de trabalho, aos capitalistas, a fim de garantir seus meios de subsistência.

Esse antagonismo social, com interesses econômicos contrários e irreconciliáveis (os capitalistas querem cada vez lucros maiores e os trabalhadores lutam por melhores condições de vida e de trabalho), poderia levar essas duas classes fundamentais a se entre devorarem e acabar por devorarem a sociedade numa luta estéril. Diante da sociedade, assim dividida, os capitalistas criaram "a sua imagem e semelhança" uma força política – o Estado - que se apresenta (aparentemente) acima da sociedade, em defesa da "ordem social" e para atenuar os conflitos sociais.

Essa força, que constitui o Estado, é produto desta sociedade dividida socialmente, e para manter essa "ordem" (ordem que em princípio interessa aos capitalistas), essa força política precisa se apresentar acima dela, distanciada dos interesses de classe, escondendo de fato que ele existe para preservar o interesse da classe mais forte.

Em Marx, portanto, o Estado é o produto e a manifestação do antagonismo inconciliável das classes. Ele aparece quando, onde e na medida em que esses antagonismos sociais não podem ser conciliados. Desse modo, a própria existência do Estado demonstra que os antagonismos fundamentais das classes sociais são inconciliáveis (de um lado, os proprietários dos meios de produção; de outro, os proprietários exclusivos da força de trabalho).

Para esconder do conjunto da sociedade (na maior parte, o conjunto de frações da classe trabalhadora) que o Estado de fato existe para garantir a reprodução da acumulação capitalista, ele precisa se apresentar como o órgão da conciliação das classes. Se a conciliação de interesses de classes fosse possível, não haveria necessidade da existência do Estado, ele não precisaria surgir e nem subsistir se a conciliação das classes fosse possível. O Estado é, na verdade, um órgão de dominação de classe, um órgão de submissão de uma classe por outra.

A criação (e a manutenção) de uma "ordem social", pelo Estado, legaliza e consolida a submissão da classe trabalhadora, reduzindo os conflitos sociais e amortecendo a colisão das classes. Atenuar a colisão não significa conciliar, ao contrário, significa reduzir a potencialidade dos meios e dos processos de luta da classe trabalhadora contra seus opressores, através de mecanismos de cooptação e de repressão.

Ao longo do desenvolvimento das relações de produção capitalista, nos enfrentamentos da classe trabalhadora para extrair ganhos e garantir seus direitos sociais (por exemplo, melhoria das condições de trabalho e elevação de seus salários), conquistou espaços no interior das instituições do Estado, e a depender da correlação de forças sociais e políticas, e se esta for favorável à classe trabalhadora, pode-se observar no interior do Estado contradições, ou seja, parcela de forças defendendo os interesses desta classe. Uma das críticas que se faz à obra de Marx é quanto a sua orientação economicista, ou seja, a análise da sociedade burguesa pela lateralidade do econômico. Na verdade, sua análise, examinando a totalidade da sociedade burguesa, é a partir da produção material, ou seja, como ele mesmo afirma no início de sua Introdução, seu objeto de estudo é a produção material, tendo como ponto de partida os "*[...] Indivíduos produzindo em sociedade, portanto a produção dos indivíduos determinada socialmente*" (MARX, 1982, p. 3).

Alguns pensadores afirmam que a teoria sobre o Estado de Marx estaria enunciada em seus poucos textos políticos[3]. Mas defendemos a tese de que em sua obra magna, O Capital, há uma teoria política[4] integrada à análise da sociedade burguesa.

O objetivo deste trabalho é recuperar essa discussão contida em *O Capital*, no intuito de apreendê-la, e, dentro de nossa capacidade, numa tentativa de sistematizá-la.

[3] Referimo-nos aos seguintes textos: "Lutas de classes na França","XVIII Brumário de Bonaparte", "Guerra civil" e "Programa de Gotta". (Ver: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas.* V. I e V. II, São Paulo: Editora Alfa-Omega, s/d.).

[4] Se assim quisermos denominar a teoria social de Marx que trata do Estado.

2 PODER DO ESTADO E SUAS FUNÇÕES HISTÓRICAS

O poder do Estado, enquanto comitê executivo da burguesia pode ser estudado na obra de Marx, O Capital. Desde o momento que o capital, em seu estágio embrionário, começa a crescer, assegurando o seu direito de sugar uma quantidade suficiente de trabalho excedente, registra que são forças não econômicas, ou seja, forças políticas[5], que entram em ação. No caso da exploração capitalista, essa garantia é dada pelo poder do Estado.

Já na sua teoria de dinheiro[6] (meio de circulação, função que ultrapassa a esfera produtiva), Marx se refere ao Estado, no seu poder de fixá-lo e cunhá-lo de acordo com o padrão da moeda, para que seu percurso não sofra dificuldades técnicas. Como moeda, e moeda de cálculo, o ouro assume uma natureza nacional e possui caráter político, por isso sua linguagem se dá através de idiomas distintos, vestindo roupagens locais diferentes.

Como a moeda passa a ser configurada em notas de papel, seu percurso é obrigatório, cabendo ao Estado lançar na circulação o número de notas que desejar. Quando lançadas na circulação, torna-se impossível retirá-las. Mas esse poder do Estado é pura aparência. Essas notas de papel que entram na circulação, arbítrio do Estado em consignar-lhes sinal de valor ou moeda-papel, tornam-se dominadas pelas leis imanentes da circulação mercantil.

Marx discorre sobre suas duas funções do dinheiro: medida dos valores e padrão dos preços, quando se vê o Estado, por exemplo, na função de delimitar o padrão dos preços[7], de determinar a unidade de medida (desdobrada em partes) e seus nomes (de natureza convencional), o que exigiu a legalidade desse processo, vez que se obrigava a assumir o caráter da generalidade dentro da circulação.

---

[5] O termo política, derivado do grego politikós, origina-se de pólis, cujo significado literalmente abarca tudo que se relaciona à cidade, portanto, ao urbano, ao civil, ao público. "*O termo Política foi usado durante séculos para designar principalmente obras dedicadas ao estudo daquela esfera de atividades humanas que se refere de algum modo às coisas do Estado*" (BOBBIO et al, 1986, p. 954).

[6] Resumida por Marx no livro I de *O Capital* (2003a, p. 119-172).

[7] Inteiramente diversa da de medida dos valores, por ser a encarnação social do trabalho humano, faz com que a mercadoria pela qual está sendo trocada exprima seu valor próprio. Como padrão de preço, o ouro aparece com os mesmos nomes de cálculo que os preços das mercadorias se expressam, por exemplo, x libras esterlinas, y xelins e z pence, nomes referidos como cálculo de "seu preço em moeda".

Operação que passou a ser da competência do Estado, dado o seu aspecto formal[8].

Tal processo exigiu a ação do Estado, porque são medidas determinadas quantidades de ouro em relação a um quantum fixo, subdividido em alíquotas. Isso significa que houve a necessidade de um agente oficial, para fixar um peso determinado de ouro, como unidade de medida. E esse padrão preenche melhor sua função quando a unidade de medida e suas subdivisões são mais ou menos estáveis, isto é, estejam submetidas a flutuações mínimas possíveis. "*Para fazer do ouro estalão dos preços, determinado peso dele tem de ser eleito unidade de medida. O estalão dos preços preenche tanto melhor sua função quanto mais invariavelmente a mesma quantidade de ouro sirva de unidade de medida*" (MARX, 2003a, p. 125).

Novamente, tal como o Estado garante o sinal de valor simbolizado no papel-moeda e delineia seu curso obrigatório, a função do dinheiro como meio de pagamento, uma função simbólica e pessoal do comprador, suscita a intervenção do Estado formulando legislação para a constituição de contratos privados, direitos e obrigações, assegurados aos possuidores de mercadoria.

A questão social, criada na relação de exploração do trabalho pelo capital, se torna função do Estado, e o capitalista só a considera (por exemplo, a saúde de seus trabalhadores, suas condições de vida), quando a sociedade e, em seu nome, o Estado, exige que ele adote de medidas para minorar o sofrimento imposto ao trabalhador. "*De modo geral, isto não depende, entretanto, da boa ou da má vontade de cada capitalista. A livre concorrência torna as leis imanentes da produção capitalista leis externas, compulsórias para cada capitalista individualmente considerado*" (MARX, 2003, p. 312). Como também, quanto à destruição do meio ambiente, pelas indústrias poluidoras, é o Estado que exige medidas compensatórias e/ou restauradoras.

No cumprimento de suas funções, o Estado elabora políticas públicas, por exemplo, as políticas trabalhistas, a política do meio ambiente, as políticas sociais de um modo geral.

Mas a ação coercitiva do Estado, durante séculos se dirigiu fortemente contra

[8] No entanto, ao desaparecerem os limites nacionais no mercado mundial, os caracteres nacionais da moeda também desaparecem, cedendo lugar para as medidas gerais dos pesos dos metais.

os trabalhadores, no sentido de submetê-lo ao domínio do capital. Somente muito mais tarde, com a expansão das relações capitalistas de produção, em decorrência do desenvolvimento das forças produtivas (materiais, humanas e sociais), é que o trabalhador "livre" consentiu de "boa vontade" em entregar para o capital o controle de sua força de trabalho; ou seja, foram necessários séculos para que a classe trabalhadora fosse socialmente compelida, nas condições ditadas pelo capitalista, a vender para o capital seu tempo ativo de trabalho, parte importante de sua vida, sua própria capacidade de trabalho.

Marx afirma que a jornada de trabalho prolongada, que o capital impôs aos trabalhadores adultos, através da ação coativa do Estado (desde a metade do século XIV ao término do século XVII), "*[...] coincide aproximadamente com o tempo limitado de trabalho que, na segunda metade do século XIX, é imposto pelo Estado, com o fim de evitar a transformação do sangue das crianças em capital* (MARX, 2003a, p. 313).

Portanto, no sentido de limitar o nível de exploração da classe trabalhadora pelo capital, o poder do Estado se estendeu às fábricas, elaborando leis fabris e, de modo geral, regulamentando as relações de trabalho. E isso movido pelas lutas sociais, que sempre caracterizaram as relações entre capital e trabalho.

Como Marx define força de trabalho?

> Por força de trabalho ou capacidade de trabalho compreendemos o conjunto das faculdades físicas e mentais existentes no corpo e na personalidade viva de um ser humano, as quais ele põe em ação toda vez que produz valores-de-uso de qualquer espécie (2003a, p. 197)

No decorrer de grande parte do século XVIII, o capitalista não conseguiu enquadrar a força de trabalho para submeter a ele todos os dias da semana. Com exceção do trabalhador da agricultura, os demais sobreviviam com o trabalho de quatro dias. Alguns economistas, vinculados ao capital, atacavam por isso os trabalhadores, enquanto outros os defendiam. Para conformar os trabalhadores, o remédio sugerido foi pagar pelos 6 dias, o equivalente ao que recebiam pelos 4 dias. Outra medida foi a criação de "asilo ideal de trabalho", necessariamente transformado em "casa de terror", para encarcerar aqueles que recebiam qualquer

benefício social. Ali poderiam trabalhar 14 horas diárias, incluindo o horário das refeições.

Algumas condições precisaram ser preenchidas para que a força de trabalho fosse encontrada no mercado pelo possuidor de dinheiro:

> 1) "*[...] a força de trabalho só pode aparecer como mercadoria no mercado, enquanto for e por ser oferecida ou vendida como mercadoria pelo seu próprio possuidor, pela pessoa da qual ela é a força de trabalho*" (MARX, 2003a, p. 198). Seu possuidor precisa dispor dela para vendê-la como mercadoria, ou seja, ele necessita ser proprietário livre de sua pessoa, de sua capacidade de trabalho.
> Ele e o possuidor do dinheiro encontram-se no mercado e entram em relação um com outro como possuidores de mercadoria, dotados de igual condição, diferenciando-se apenas por um ser o vendedor e outro o comprador, sendo ambos, juridicamente, pessoas iguais (idem);
> 2) "*[...] o dono dessa força de trabalho não pode vender mercadorias em que encarne seu trabalho, e é forçado a vender sua força de trabalho, que só existe nele mesmo*" (MARX, 2003a, p. 198-199).

Vimos que com o capitalismo, o Estado interveio para revolucionar a relação jurídica, entre comprador e vendedor da força de trabalho, intervindo em sua gestão, dentro da fábrica, inicialmente com as leis fabris. Diz Marx: a transação inteira perdeu "[...] a aparência de um contrato entre pessoas livres, propiciando mais tarde ao Parlamento inglês a justificativa para a interferência do Estado nas fábricas" (2003a, p. 454).

O avanço das relações capitalistas de exploração suprimiu a base econômica correspondente à autoridade paterna, da economia familiar, prevalecente no modo de produção feudal. Esse processo resultou em abusos nefastos, especialmente presentes na deterioração física das crianças e adolescentes, nos índices elevados de mortalidade, de crianças negligenciadas e maltratadas, mal alimentadas, do meio ambiente destruído e das condições de saúde deterioradas. Processo esse acompanhado pela deterioração moral da família, já retratados por Engels em "A situação da classe trabalhadora na Inglaterra".

Através do exercício do poder do Estado, regulamentando o trabalho, mesmo

interpretado pelos capitalistas como interferência nos seus domínios; pois o capital considera seu direito de monopólio a exploração do trabalho.

No entanto, o Estado, movido pelas lutas sociais, entre capital e trabalho, criou uma legislação de proteção ao direito das crianças, das mulheres e dos idosos. Entre os anos de 1833 a 1864, houve a luta pela redução da jornada de trabalho, havendo a promulgação das leis fabris na Inglaterra, bem como sua repercussão em outros países, como França e Estados Unidos.

Leis fabris, ainda no tempo de Marx, e relatadas em *O Capital* (2003a, p. 320-346), fizeram da instrução primária uma condição para o emprego de crianças. Mas era considerado, um "ataque direto ao pátrio poder", as disposições legais colocando condições para que os pais permitissem, e até usassem em suas oficinas domiciliares, o trabalho das crianças.

> A força dos fatos, entretanto, compeliu a que se reconhecesse finalmente que a indústria moderna, ao dissolver a base econômica da família antiga e o correspondente trabalho familiar, desintegrou também as velhas relações familiares. O direito das crianças tinha de ser proclamado (MARX, 2003a, p. 554).

Aparecem "antros de miséria", com a generalização da lógica fabril a toda produção social, inicialmente restrita à fiação e à tecelagem, que fez revolucionar "completamente as estruturas tradicionais da manufatura, do artesanato e do trabalho a domicílio (2003a, p. 555).

Para Marx, essa generalização da lógica fabril decorreu de dois processos:

1) O aumento do poder de intervenção do Estado sobre o capital, em alguns domínios da esfera social, tendeu ao capital se compensar estendendo-se, de forma desmesurada, a outros domínios.

2) A exigência de igualdade nas condições de concorrência feitas pelos capitalistas, quer dizer, impor a exploração da força de trabalho sem limites a toda a sociedade.

Nessa legislação, houve também disposições relativas à higiene e a educação. Segundo Marx,

> Além da redação que permite ao capitalista burlá-las, as disposições sobre higiene são extremamente pobres, limitando-se a prescrever a caiação de paredes a algumas outras medidas de limpeza, de ventilação e de proteção contra máquinas perigosas (MARX, 2003a, p. 545).

Essa legislação caracteriza bem o sistema capitalista de produção, ou seja, "*[...] a necessidade de o Estado impor-lhe, coativamente, a adoção das mais simples precauções de limpeza e higiene*" (2003a, p. 546), além de excluir qualquer melhoria racional que ultrapasse um determinado patamar (ou seja, que venha concorrer para diminuir seus lucros).

Mas nem tudo no capitalismo é destruição. Como elemento contraditório, Marx indica que uma forma superior de família e de relação entre os sexos pode ser desenvolvida com o desenvolvimento das forças produtivas:

> Por mais terrível e repugnante que pareça ser a decomposição da velha estrutura familiar dentro do sistema capitalista, a indústria moderna cria, apesar disso, com o papel decisivo que reserva às mulheres, aos adolescentes e aos meninos de ambos os sexos nos processos de produção socialmente organizados e fora da esfera familiar, o novo fundamento econômico para uma forma superior da família e das relações entre os sexos (MARX, 2003a, p. 554).

Assim como, o surgimento de novas condições objetivas, mediante o desenvolvimento das forças produtivas, pode encerrar uma potencialidade: uma nova fonte de desenvolvimento humano, muito embora com a entrada da mulher e de crianças no mercado de trabalho tenha sido fonte de degradação e escravatura em sua forma espontânea, brutal, capitalista (em que o trabalhador existe para o processo de produção e não o processo de produção para o trabalhador).

Ao tratar da alienação intelectual, provocada pela vigência de um sistema rotineiro de execução de tarefas simples (na medida em que não é concedida a esses trabalhadores a oportunidade de exercitar sua inteligência), Marx se refere a Adam Smith, que recomendava a promoção do ensino popular através da ação do Estado (muito embora em doses homeopáticas) para evitar a degeneração completa do povo em geral.

Essa alienação intelectual decorre do fato que o capital, ao se confrontar com o trabalho, incorpora a si, como força produtiva, aquilo que os trabalhadores parciais perderam, processo esse que se desenvolve na manufatura e se completa na grande indústria, mutilando o trabalhador, ao reduzi-lo "*[...] a uma fração de si mesmo, […] que faz da ciência uma força produtiva independente de trabalho, recrutando-a para servir ao capital*" (MARX, 2003a, p. 416).

No entanto, Garnier, tradutor e comentador francês de Smith, que chegou a ocupar o posto de Senador (conforme informa Marx), era contrário a esta intervenção do Estado na divisão do trabalho que, para ele eram resultantes de progressos passados e poderiam gerar progressos futuros; e para esse político, o uso de verbas públicas para esse fim só confundiria e misturaria duas espécies de trabalho (manual e intelectual) tendentes a jamais se encontrarem, por si mesmas[9].

O poder do Estado é usado como "*[...] força concentrada e organizada da sociedade para ativar artificialmente o processo de transformação do modo feudal de produção no modo capitalista, abreviando assim as etapas de transição*" (2003b, p. 864). Vemos ainda hoje isso, os órgãos ambientalistas, em nome do chamado desenvolvimento, ao arrepio da lei, autorizar a instalação de empreendimentos altamente poluidores, banindo para sempre comunidades tradicionais (índios, negros, populações ribeirinhas) do mapa do Brasil. Métodos que se baseavam, em parte, em processos brutais de violência, como por exemplo, os existentes no sistema colonial, como igualmente aqueles de erradicação de populações de seus territórios tradicionais para alocá-los não sei onde, destruindo sua subjetividade, sua existência enquanto ser social, ao arrancá-las de suas raízes.

Os meios utilizados para acumulação primitiva do capital, por países como Espanha, Portugal, Holanda, França e Inglaterra (extermínio, escravidão, trabalho forçado nas minas, conquista e pilhagem das índias Orientais, bem como a transformação da África num grande campo de caçada lucrativa, processos seguidos pela guerra comercial entre as nações européias), não diferem muito daqueles usados hoje no Brasil com as comunidades tradicionais. Somente as lutas

[9] O que está sendo negado hoje pela *Revolução informacional* (LOJKINE, 1995).

sociais, articuladas inclusive internacionalmente, têm tido efeitos positivos para conservar direitos históricos dessas populações.

Além de o Estado dirigir sua repressão contra as classes trabalhadoras, ele beneficia o grande empresariado com a concessão de subsídios oficiais, concessões de serviços anteriormente públicos, transferência quase gratuita de empresas públicas para a órbita do capital privado, modalidades hoje que alguns qualificam de parcerias. Um exemplo vivo se encontra na Vale do Rio Doce, "vendida" para o capital privado, no Governo de FHC, apesar das muitas vozes oposicionistas, concedendo também, além de tudo, a rede ferroviária para seu domínio.

Já no tempo de Marx, esse fenômeno podia ser registrado. Para que um possuidor de dinheiro ou de mercadoria se tornasse capitalista, o montante mínimo de valor de que tinham de dispor variava de acordo com os diferentes estágios da produção capitalista e os diversos ramos de produção num dado estágio de desenvolvimento, dadas suas condições técnicas. Em alguns ramos, quando o mínimo exigido de capital não se encontrava em mãos de indivíduos isolados, o Estado entrava com subsídios. Tanto na França, como no Alemanha, esse processo foi observado (MARX, 2003a, p. 356). Vemos diariamente na mídia que, mesmo no momento atual, o Estado além de subsidiar determinados ramos da produção (por exemplo, a agricultura), assume prejuízos de empreendimentos capitalistas e saneia empresas com risco de falência, para depois devolvê-las saudáveis ao mercado. No Brasil, vemos historicamente o BNDES financiando empresas multinacionais.

Mas, o poder do Estado, em conjunturas democráticas, pode acolher reivindicações da classe trabalhadora, instituindo políticas públicas para garantir a eficácia de seus direitos sociais.

3 O PAPEL DO ESTADO SOB A MUNDIALIZAÇÃO DO CAPITAL

A revolução informacional ofereceu condições objetivas para a aceleração da mundialização do capital, agora não mais apenas na esfera do mercado, mas também na esfera produtiva, deslocando indústrias para países mais favoráveis à exploração da força de trabalho e dos recursos naturais, indústrias não mais desejadas pelos países ditos "desenvolvidos".

Sabemos que as metamorfoses provocadas na economia internacional decorreram de decisões políticas. Por isso Chesnais pensa a economia no seu vinculo orgânico com a política. Para ele, a dominação da esfera financeira sobre os demais ramos da economia ocorreu através de intervenções estatais. E, nesse sentido, para elucidar essas armadilhas, próprias do economiscismo, precisam ser utilizadas categorias da crítica da economia política, onde as funções do Estado podem ser esclarecidas, como também suas determinações materiais. Somente mediante o uso de categorias marxianas as relações internacionais (de conflito e de cooperação ampliada) entre os Estados-nação são esclarecidas.

O fenômeno hoje conhecido como "globalização" - em que países que concentram menos poder obedecem às regras emanadas dos países poderosos -, para ser compreendido, exige a elucidação do movimento de valorização do capital, mediante o uso das categorias da crítica da economia política. Para Chesnais, somente na "vulgata neoliberal", o Estado é examinado de fora do mercado, como não tivesse ação definida sobre ele. Aqueles filiados ao marxismo reconhecem o caráter "estruturante" do político. Seus estudos se repousam sobre o processo ampliado de produção, ou seja, no prolongamento do trabalho coletivo, que ocorre desde o processo imediato (espaço fabril) se estendendo para o conjunto da sociedade mundial, fenômeno chamado pelo autor de "mundialização financeira":

O desenvolvimento mundial do capital, seu espaço de liberdade de movimentação, tanto do capital industrial como do financeiro, está relacionado à força que lhe recobriu a longa fase de acumulação ininterrupta das duas décadas de esplendor (30 anos gloriosos), em que o Estado teve um papel importante, qualificado mesmo de intervencionista, assegurando um pacto social entre capital e trabalho, oferecendo a legitimidade política necessária para sua reprodução. Dessa maneira, ressalta Chesnais, esse desenvolvimento só foi possível pela "revolução conservadora" empreendida, pelos Estados capitalistas, no fim da década de 1970.

No que concerne a mundialização e as formas de dominação política e social, bem como dos circuitos de valorização do capital, sua origem deve ser buscada, segundo Chesnais, muito mais nos eventos que ocorreram na virada das décadas de 1970 e 1980, e não na queda do muro de Berlin (1989) ou na derrocada do regime soviético (1991), como fazem alguns autores.

> É aí que se situa o momento em que as forças políticas, as mais anti-sociais, dos países da OCDE implementaram processos de liberalização, de desregulamentação e de privatização. Eles puderam fazê-lo explorando, em seu proveito, o refluxo ocorrido pela ação de todos os dirigentes políticos e sindicais que contribuíram a conter o potencial revolucionário, verdadeiramente democrático e, por este fato, anticapitalista, dos grandes movimentos sociais – operários e estudantes – que demarcaram o decênio 1968-1978, na Europa do Oeste como do Leste, da mesma maneira que nos Estados Unidos e na América Latina (CHESNAIS, 1996, p. 33-34).

Para demonstrar o papel estruturante que desempenha o político, na gênese e desenvolvimento da "mundialização do capital", Chesnais faz menção aos governos de Thatcher e Reagan, os quais marcaram o começo da ofensiva política e social, cujo processo ainda não foi concluído. Seu objetivo final era destruir o sistema de instituições sociais e de normas instituídas das relações trabalhistas, "espartilhos do capital", constituídos a partir do primeiro mandato de F. Roosevelt nos Estados Unidos.

> Essas instituições e essas relações frearam a liberdade de ação do capital, asseguraram aos assalariados elementos de defesa contra seus empregadores e, mediando o pleno emprego, uma proteção social à grande maioria da população, pelo menos em um dos três pólos dos países industrializados (idem, p. 34).

Da mesma maneira que para desregulamentar os transportes aéreos, Reagan teve que destruir as organizações sindicais, abatendo a greve dos aeroviários, as políticas adotadas por Thatcher, nos anos 1980, de desregulamentação das relações de trabalho e privatização de empresas públicas, estão relacionadas ao fracasso da grande greve dos mineiros, que depois se estenderam para os estivadores, os trabalhadores da mídia, das gráficas e da saúde.

> Mas é pela via da liberalização e da desregulamentação financeiras, e em razão da praça internacional desigual, de Wall Street e da City, que os governos

> americanos e britânicos puderam proteger as conseqüências da "revolução conservadora" mundialmente e criar as bases de um regime de acumulação sob o domínio financeiro (idem, p. 34-35).

De acordo com Chesnais, os fundamentos da "ditadura dos credores" (expressão extraída de J.-P. Fitoussi,1995), foram criados por esses governos, através das seguintes medidas:

- abertura de seus sistemas financeiros;

- permissão aos mercados para fixarem o nível da taxa de juros em longo prazo.

Os efeitos dessas medidas foram acrescidos de dois fatores:

- a enorme necessidade de financiamento do governo Reagan, especialmente para seu dispendioso programa militar da "guerra das estrelas";

- uma reavaliação brutal do dólar e da taxa de câmbio.

Como resultado desses mecanismos, no espaço de alguns meses, houve o crescimento das taxas de juros reais a longo termo, no nível de 15%. Inaugurou-se, assim, uma nova era de dominação de um capital financeiro, com características rentistas. Dessa forma, para Chesnais, a mundialização do capital de forma alguma faz desaparecer a existência dos Estados nacionais, muito menos as relações de dominação e dependência política interestatais. Ela desencadeia, sim, uma modificação dos fatores de hierarquização entre países, reconfigurando o seu desenho, como também aumentando sua intensidade: um abismo cada vez maior.

> [...] separa os países pertencentes aos pólos da Tríade (América do Norte, Europa e Japão), ou que lhes são ligados diretamente, daqueles que sofrem a dominação do capital sem estar associados aos circuitos de valorização internacional e daqueles, sobretudo, os quais o capital não mais se interessa, é ainda acrescido (CHESNAIS, 1996, p. 35).

O desenvolvimento e a consolidação da mundialização do capital, segundo este analista, segue, par e passo, "*[...] as modificações das relações políticas,*

compreendidas, desta vez, como relações internas às classes dirigentes dos países capitalistas avançados" (idem).

Em termos de modificação do papel do Estado, observam-se:

- de um lado, uma séria perda de autonomia de decisão, ou quase total, no domínio econômico;

- e, de outro, a capacidade aumentada, de forma relativa ou mesmo absolutamente, de alguns países de influenciar na decisão de tantos outros, e de lançar sobre estes os prejuízos financeiros de conjunturas econômicas difíceis.

Como exemplificação deste processo, além do papel desempenhado pelos Estados Unidos, cita o comportamento político da Alemanha em relação a seus países vizinhos da Europa. No entanto, o autor ressalta que, essa assimetria, em termos de capacidade de certos Estados de influenciar na conduta interna dos outros, não é exclusiva dessa fase do capitalismo. Essa assimetria encontra-se presente na história do capitalismo, o Estado nacional de algumas nações exerce mais poder que outros para projetar internacionalmente regras, instituições e normas de regulamentação da política econômica, países esses mais poderosos que a grande maioria de países receptores desse conjunto de pautas econômicas.

No entanto, segundo Chesnais, isso não deve reduzir a importância do papel desempenhado hoje pelos Estados Unidos. Seu peso político, enquanto hegemônico, se deve não somente à queda da União Soviética, como também em decorrência de dois fatores: sua posição militar desigual (dada a posse e domínio do arsenal atômico de guerra nuclear) e sua superioridade no plano financeiro, diferentemente daquela que eles guardam no plano industrial.

> Os Estados Unidos são o único país que pode abaixar a taxa de paridade de sua moeda – portanto, jogar a fundo o jogo da 'desvalorização competitiva' – sem sofrer imediatamente a 'sanção dos mercados', pelo fato da dimensão e da seguridade de sua dívida pública, assim como pelo papel que o dólar desempenha ainda no comércio e nas reservas mundiais" (CHESNAIS, 1996, p. 36).

Outro componente, que assegura a hegemonia dos Estados Unidos, relacionada, à força e à dimensão do setor financeiro americano, é a prosperidade que usufruem certos setores da economia e da sociedade americanas:

> Como não levar em consideração os efeitos de queda do setor financeiro, os quais são únicos no mundo, tanto pela dimensão como pela variedade das formas de investimento que lhe estão ligadas (as telecomunicações e as mídias em particular), como pelo montante das reservas rentistas transitando pelas praças financeiras e dos ganhos e lucros financeiros decorrentes dos circuitos internos financeiros (idem, p. 36).

Mas alguns autores sinalizam uma tendência na modificação dessa correlação de forças no cenário mundial, apontando o crescente papel da China hoje na economia mundial.

Desta forma, as regras do jogo do capitalismo mundializado podem ser alteradas, numa nova correlação de forças políticas, instauradas nos diversos Estados-nação, como na esfera internacional, mas também novas regras podem ser formuladas, como de fato ditadas, pela ação dos Estados Unidos. Isso se deve, segundo Chesnais, não apenas ao fato de sua superioridade no domínio das finanças, mas a adequação de suas relações de classes, seu sistema político, sua filosofia social em face do progresso fundamental da valorização do capital, comparados a qualquer outro grande Estado.

São os Estados Unidos, com o consentimento de seus aliados (integrantes do G3 e o G7), que impõem aos países mais fracos, economicamente, as suas políticas, inicialmente de ajustamento estrutural, e em seguida de liberalização e de desregulamentação, mediados pelo FMI e Banco Mundial. Eles ditam também, setor após setor, as políticas que lhes convêm aos países avançados. Como exemplo, a política de desregulamentação do transporte aéreo e, logo após, das telecomunicações. O que demonstra a "*[...] sua capacidade de impor, mesmo aos países que possuem firmas integradas ao oligopólio mundial, as regras que inflexionam a concorrência a seu favor*" (idem, p. 37).

Dentro desses limites, o desenvolvimento do capitalismo ocorre nos países subordinados.

> Apoiados e revezados na Europa pelo Reino Unido e setores da Comissão Européia, os lobbies americanos, com o suporte nos meios consideráveis do Estado federal, multiplicam as iniciativas junto ao FMI, ao Banco Mundial, ao OCDE, ao GATT e agora junto à Organização Mundial do Comércio, para impor a complementação do processo de desregulamentação e de liberalização comercial e financeira nos domínios que dele se evadem, mesmo que parcialmente, mas também e, sobretudo, para a flexibilização do trabalho e desregulamentação salarial (CHESNAIS, 1996, p. 37).

Chesnais lembra a rodada das negociações do Uruguai, em 1993, quando os Estados Unidos, pelo tratado de Marrakech, fecharam as negociações, com a instituição OMC. Simultaneamente, eles conseguiram completar o arsenal dos instrumentos internacionais, as regras jurídicas, dando a sua realização um caráter de obrigatoriedade, o qual não estava consignado no quadro do GATT.

> Este arsenal permite a instâncias todas poderosas, estatuindo em último recurso, impor em princípio a todos os países, mas essencialmente àqueles que não possuem absolutamente recursos políticos para se defender, a liberalização completa, a desregulamentação completa dos serviços públicos, assim como o desmantelamento das raras leis sociais de meio ambiente, acusadas de entravar a liberdade de investimento e de comércio (idem, p. 37-38).

4 NOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nas diversas noções de política, dois conjuntos se opõem fundamentalmente:

O primeiro conjunto concebe a política tendo "*[...] na relação homem a homem o centro da vida social*" (SADER, 1993, p. 46), por isso seu conteúdo é predominantemente ideológico, que mais encobre a realidade do que a revela. Isso porque pensa a sociedade e, portanto, o próprio Estado, como um aglomerado de indivíduos, levando Lojkine (1997) a faz três críticas:

a) "*O Estado não se define por uma relação de exterioridade com a estrutura social", sendo noções pré-científicas 'sociedade civil' e 'Estado da sociedade civil'*"', porque se apóiam em falsos postulados, por exemplo, o entendimento de que as relações sociais ocorrem entre sujeitos individuais, ou que a prática política seja a simples soma de átomos livres; como também adotam a concepção que de Estado é o "agente da vontade geral" acima das vontades particulares.

b) A superestrutura estatal não resulta da superposição ou da justaposição de sistemas autônomos e nem é uma organização que atua sobre um meio exterior (a sociedade).

c) "*A política estatal não é constituída por uma série de 'decisões' ou de 'estratégias' de atores autônomos*" (LOJKINE, 1997, p. 106).

O segundo grupo de acepções sobre o fenômeno da política, segundo Sader, localiza o poder nas relações sociais de produção, de onde se irradia para toda a sociedade.

> A política se reduz, na primeira concepção, a uma superestrutura abstrata em relação às condições reais da vida social; na segunda, ela representa a síntese de todas as relações sociais, porque não é mais um campo privilegiado dentro da estrutura social, mas penetra em todos, englobando-os e constituindo-se no grau mais alto de consciência e atividade social (SADER, 1993, p. 46-47).

Esse grupo de acepções parte de análises marxistas, mas grande parte delas examina o político como uma instância que usufrui de relativa autonomia, ou seja, adotam uma concepção de Estado que intervém apenas na reprodução social, não adentrando diretamente na relação capital/trabalho, onde ocorre a apropriação do trabalho não pago (mais-valia), regulamentando de fora esse "direito" do capital, no nível do conjunto da formação social.

Na Ideologia Alemã, Marx e Engels afirmam que, numa sociedade de classes, dividida por interesses antagônicos de classes, o interesse particular, privado de uma classe social dominante, toma a forma ilusória de um interesse geral representado como Estado; ilusão e aparência estas que têm sua eficácia social:

> [...] a generalidade separada do Estado tem por função unificar os interesses particulares da classe dominante e de representar o interesse geral, sob a dominação desta classe [fazendo aparecer seus interesses particulares] como o interesse universal (TOSEL, 1996, p. 65).

A ação coercitiva do Estado não se dirige exclusivamente contra a classe trabalhadora, seu poder, enquanto suporte do interesse geral da classe capitalista, pode ser exercido contra um ou outro capitalista, aquele que não se ativer às normas estabelecidas pelo Estado. Sob a pressão de uma lei, promulgada pelo parlamento (espaço de representação dos distintos grupos sociais), a Empresa se vê constrangida a adotar uma ou outra medida restritiva a seu interesse. Assim, o Estado regulamentou coercitivamente a jornada de trabalho.

> Assim, a população rural, expropriada e expulsa de suas terras, compelida à vagabundagem, foi enquadrada na disciplina exigida pelo sistema de trabalho assalariado, por meio de um grotesco terrorismo legalizado que empregava o açoite, o ferro em brasa e a tortura. (MARX, 2003b, p. 850-851).

Para Bobbio et al. (1986), a política liberal teve duas tendências contrárias. Uma mais conservadora, que era contrária a uma política de redistribuição de renda, e outra apoiada pelos reformadores sociais, que apregoava a necessidade "*[...] de uma política de redistribuição da renda como meio capaz de levar a um mais elevado bem-estar social* (Marshall, Wicksell, Pigou, etc.)" (idem, p. 970). Essa será a formulação do keynesianismo, que vai ultrapassar a orientação livre-cambista, a partir da crise de superprodução de 1929, com a publicação de "*Teoria geral do emprego*, juro e moeda". Keynes faz uma crítica severa à política deflacionária, como incapaz de debelar a depressão. O maior volume de investimentos não pode ser representado por uma maior parcimônia na economia, como aquela referente à redução dos salários. Embora concorde com os livre-cambistas, quanto à tese de ser o mercado o mecanismo eficiente da estrutura produtiva, vai conceber o Estado como responsável por uma nova tarefa, que implicará em maiores dispêndios a serem compensados através de uma política fiscal, Para Keynes o Estado deve

garantir um volume de demanda global no sentido de propiciar as condições que permita o pleno emprego. Para isso, tornou-se necessária a adoção pelo Estado de uma série de medidas:

- a redução da taxa de juros;

- intervenções para aumentar a demanda adicional (medidas de aumento da renda disponível, incentivo ao consumo de massa, que aumentará a despesa pública, para configuração da demanda global, unindo-se ao consumo e aos investimentos privados.

Lojkine vai buscar em Estudos Filosóficos de Engels, como uma fonte para alimentar sua concepção de Estado:

> A sociedade se cria um organismo em vista da defesa de seus interesses comuns contra os ataques internos e externos. Esse organismo é o poder do Estado. Mal nasce, já se torna independente da sociedade, e isso tanto mais porque se torna principalmente o organismo de uma certa classe, fazendo prevalecer diretamente a dominação dessa classe (LOJKINE, 1997, p. 107).

Esse autor dirige uma crítica a Poulantzas, na medida em que este concebe o Estado gozando de autonomia em relação à instância econômica. Poulantzas considera o Estado capitalista uma instância regional do Modo de Produção Capitalista, podendo assim analisá-lo na sua autonomia em relação à instância econômica.

Para Lojkine, a orientação metodológica de Poulantzas é profundamente marcada pelo estruturalismo, bebendo na fonte althusseriana, em que isola na análise as estruturas político-ideológicas da esfera econômica, vendo o Estado como um fator de coesão social (1981 e 1997).

Mas, podemos encontrar essa perspectiva em diversos outros autores. Por exemplo, no próprio Sader (1993), em "*Estado e Política em Marx*", quando examina o papel histórico desempenhado pela política, sua metamorfose na passagem das sociedades pré-capitalistas para as capitalistas, reduz as funções do Estado à superestrutura ideológica:

> A introdução das relações capitalistas de trabalho representa, pois, o fim das formas palpáveis de apropriação política, fornecendo a base material que sustenta a ideologia da liberdade e da igualdade; tudo o que contribui para a instauração dessas relações colabora para o enfraquecimento das relações políticas. É o que ocorre com o Estado, cujo fortalecimento desempenhou o papel de requisito histórico do capitalismo, particularmente na luta contra o feudalismo, mas cujo papel dentro da estrutura capitalista modificou-se. O Estado continuou essencial às relações de produção capitalista; porém, como estas relações se auto-regeneram economicamente, quanto mais elas logram este seu intento, mais reservam às relações políticas funções ideológicas, esvaziadas de eficácia real, similares às das relações jurídicas e morais. O papel reservado ao político, conforme a estrutura que o capitalismo se pretende, é o de um nível de superestrutura. Para a marcha ordinária dos negócios, o trabalhador pode ser confiado às 'leis naturais da produção'. O papel da violência passa a se constituir em 'reserva' do sistema, marginal ao seu mecanismo normal (SADER, 1993, p. 43).

Lojkine, diferentemente, elabora uma análise da política a partir de dentro da relação capital/trabalho, examinando o Estado não como uma superestrutura atuando sobre as relações sociais de produção, "*[...] mas, bem ao contrário, como um dos momentos, uma das manifestações da contradição fundamental entre a socialização do processo de trabalho e a apropriação privada dos meios de produção e do produto do trabalho*" (1997, p. 107). Busca a sustentação de suas posições na obra de Marx e de Boccara.

Primeiramente, este autor examina a função que o Estado desempenha, garantindo o crédito, para a reprodução do capital. Marx descreve o papel do crédito na reprodução ampliada do capital, quando indica a necessidade da "ingerência do Estado", no estabelecimento desse sistema. Lojkine ressalta que, nesta função, o Estado não atua diretamente no processo imediato da produção (na extração da mais-valia), mas no ciclo da circulação (processo ampliado da produção). Portanto, nesse espaço o conflito se coloca, não entre capital e trabalho, mas entre diversos capitais, particularmente o financeiro e o industrial. Por isso, em segundo lugar, Lojkine recorre ao economista Boccara, que examina a função do Estado no controle

da queda da taxa de juros, na fase do monopolista e contemporânea do capitalismo, cuja superacumulação do capital e modernização das empresas produzem a exacerbação dessa tendência.

Num momento de superprodução de capital, são colocadas como saída para o processo imediato da produção: 1) não destinar uma parte do capital à produção, 2) aplicar uma parte à produção com taxas reduzidas 3) ou colocar uma parte na produção com lucro negativo. Em casos como este, apela-se à intervenção do Estado, cujo caráter benéfico se repousa no fato de que o Estado não tem objetivo de lucro, na sua parceria com o capital privado, o lucro se destinará a esses seus parceiros - os capitalistas, os monopolistas, a oligarquia financeira.

Os economistas do Partido Comunista Francês chamam de capitalismo monopolista de Estado a subordinação do aparelho de Estado aos monopólios capitalistas, que utiliza a intervenção na economia para assegurar o lucro máximo ao grande capital, dando base para o fortalecimento, cada vez maior, do capital financeiro. Nessa direção, a função do Estado se desdobra em:

- Colocar à disposição do capital monopolista a propriedade estatal;
- Exercitar o controle e regulamentação da economia a seu serviço.

O desenvolvimento do caráter social das forças produtivas (forças produtivas sociais) amplia a função do Estado de financiar a infraestrutura urbana. Cabe ao Estado criar as empresas por demais onerosas, cuja produção imediata não interessa ao capital privado, como também mantê-las, colocando-as em ponto de interessar ao investimento privado e, nesse momento, fazer o repasse, ou seja, promover a sua privatização. No caso brasileiro, vemos o Estado saneando empresas falidas, e mesmo bancos, para depois repassá-las para a iniciativa privada. Também vem sendo observada a participação do Estado (convênio de centros de pesquisa com empresas privadas) em Pesquisa-Desenvolvimento.

Outra modalidade é o financiamento público de empresas privadas, por exemplo, as subvenções, os subsídios etc.: um capital potencial, de propriedade do Estado, que o capital monopolista usa, para aumentar os seus lucros. Esse processo é bastante verificado quando empresas buscam localidades para sediar a sua produção, lançando uma concorrência aguda entre governos locais, cada um a oferecer mais subsídios que outros, para atrair a referida empresa para seu

município. Tais processos vêm ocorrendo no Brasil, sendo bem divulgados pela imprensa.

Generalizando-se a política de crédito, as fontes de valorização se socializaram, permitindo a pilhagem de rendas e reservas do conjunto da população, constituindo um tipo público de fundos. Isto sem falar dos impostos, que já representa um capital desvalorizado, de outros capitais desvalorizados, como os empréstimos públicos a empresários privados, a punção propiciada pela desvalorização da moeda, pelo crédito ao consumidor e pelos processos inflacionários.

Na análise que faz da política, não separa a economia da política, ao contrário, estuda a política estatal, sobre o urbano, numa perspectiva interna às relações de produção, pensando o Estado como espaço de condensação de forças contraditórias. Procura estabelecer o vínculo existente entre a política estatal e "*[...] a socialização contraditória das forças produtivas e das relações de produção*" (1997, p. 143), na sua atuação em face da tendência à queda da taxa de juros, sob a superacumulação do capital, característica atual da crise do capital (MANDEL, 1985b). Destaca o papel desempenhado pelo Estado na instalação das condições gerais da produção capitalista e dos meios de reprodução da força de trabalho. Em *O tabu da gestão* (1999), este autor está preocupado em desvendar os conflitos sociais imanentes à oposição entre capital, manifestados no processo imediato da produção (predominantemente, espaço da fábrica) e nos outros ciclos do processo ampliado da produção (nos demais espaços da territorialidade urbana). A cidade, ao ser enfoca sob este ângulo, é compreendida dentro da dinâmica das relações sociais, ou seja, o papel que ela desempenha, como também, dos seus governantes (que ocupam as diferentes estruturas do Estado capitalista, esfera central e esferas estaduais e municipais) no processo da extração, realização e circulação da mais-valia (LEFEBVRE, 1999).

Lojkine estuda a determinação social do Estado, expressa na urbanização capitalista, dentro do processo de produção e reprodução do capital, portando no âmago da dinâmica do conflito de classes sociais, demarcando seu papel na instalação das condições gerais da produção capitalista.

As políticas públicas são abordadas, por este autor, a partir de uma análise "interna" à relação imanente capital/trabalho. Sua hipótese principal é que o papel do Estado, na urbanização capitalista contemporânea, deve ser buscado no processo de socialização contraditória das forças produtivas e das relações de produção, tendo como pressuposto a divisão social do trabalho e sua manifestação na territorialidade urbana, através do processo de segregação sócio-espacial. Dessa maneira, podemos entender as formas de urbanização como formas da divisão social e territorial do trabalho, presentes no centro da contradição atual entre as novas exigências do progresso técnico – essencialmente em matéria de formação ampliada das forças produtivas humanas – e as leis de acumulação do capital.

A categoria teórica "condições gerais da produção capitalista", elaborada inicialmente por Marx, inclui especialmente: meios de comunicação e transporte. Essa categoria é ampliada no seu alcance por Lojkine, que lhe acrescenta outros componentes, que se desenvolveram historicamente, necessários à reprodução global das formações capitalistas desenvolvidas:

- Os meios de reprodução da força de trabalho (meios de consumo coletivos)
- E a modalidade particular de aglomeração dos meios de reprodução do capital e da força de trabalho, da qual decorre a formação de efeitos úteis complexos.

Os "meios de consumo coletivos", melhor dizendo, os equipamentos e serviços coletivos (meios de reprodução da classe trabalhadora), embora atendam reivindicações do movimento operário e popular, contraditoriamente, cumprem uma função estratégica no aumento da rentabilidade do capital. Estas novas condições vão se tornar cada vez mais significativas no processo de produção capitalista e, pouco a pouco, responsáveis pela criação de um novo modo de vida ("civilização urbana") e de novas necessidades sociais.

A intervenção estatal na cidade, é entendida, pelo autor, como "*[...] a forma mais elaborada, mais desenvolvida, da resposta capitalista à necessidade de socialização das forças produtivas*"; e assim define políticas urbanas como: "*[...] 'contra tendências' produzidas pelo próprio MPC para regular, atenuar os efeitos negativos – no nível do funcionamento global das formações sociais – da segregação e da mutilação capitalista dos equipamentos urbanos*" (1997, p. 191).

As análises de tais processos, em países desenvolvidos, como a França da década de 1970, levaram este autor a identificar as seguintes funções para a política urbana:

1. Em curto prazo, o Estado impede a eclosão de rupturas, decorrentes da crise do capital, que se reflete na urbanização capitalista, com impactos no desenvolvimento urbano, atingindo agentes capitalistas individuais, relacionados aos níveis de financiamentos dos equipamentos urbanos, não produtivos de mais-valia;

2. Em médio prazo, interfere na coordenação dos diferentes agentes da urbanização e na contradição entre valor de uso coletivo do solo e sua fragmentação pela renda fundiária, que obstaculiza a transformação do uso da terra pelo capital (para implantação de indústrias), mediante a instalação das condições gerais da produção (meios de comunicação e transporte, e equipamentos e serviços coletivos);

3. Em longo prazo, planeja a intervenção no solo urbano, ou seja, coordena a ocupação e utilização do solo urbano.

Os conflitos e dificuldades surgidas com o tratamento desigual, o Estado procura interferir resolvendo questões mais imediatas, através de intervenções sobre o urbano, como também suprime determinados efeitos gerados pela concorrência capitalista e pela renda fundiária (Idem, p. 191-192).

Nestas formas de regulação estatal, Lojkine não despreza as metamorfoses sociais, produto do desenvolvimento histórico das forças produtivas, assim, ressalta os aspectos relativos às mutações das propostas de intervenção, decorrentes dos diferentes estágios de desenvolvimento do capitalismo e da contraditoriedade imanente ao processo de socialização. Assim, o Estado, agente principal da distribuição social e espacial dos equipamentos urbanos, ao intervir, ativa e desigualmente, nas contradições manifestadas na apropriação dos valores de uso urbanos, seu papel primordial é garantir a reprodução do capital, processo este que resulta do estágio das lutas entre as classes sociais fundamentais e suas diferentes frações. Estas suas ações são viabilizadas pelos seus organismos, cujas práticas podem agravar "*[...] as fissuras, as contradições entre segmentos estatais, suportes de funções sociais contraditórias*" (LOJKINE, 1997, p. 193).

Para Lojkine, algumas destas contradições, geradas pela diferenciação no grau de condensação das lutas entre as classes sociais, estão localizadas:

• de um lado, no interior mesmo das instituições de âmbito federal, estadual e local, controladas por grupos ligados aos interesses monopolistas, nacionais, camadas médias e, até mesmo, por representantes de trabalhadores;

• de outro, entre estes espaços de intervenção estatal, de âmbito diferenciado, quando, por exemplo, forças políticas dominantes ocupam os aparelhos do governo central e forças políticas representantes de trabalhadores passam a gerir os aparelhos dos governos locais.

Na cidade capitalista, os organismos do Estado são atravessados por disputas acirradas (ou latentes), presentes nos processos de instalação dos equipamentos necessários ao grande e médio capital e à reprodução da força de trabalho; e na remoção dos obstáculos ao uso capitalista da terra. Cabe às instâncias locais o investimento em equipamentos e serviços coletivos, dos quais o governo central quer se desincumbir, para concentrar recursos no financiamento privilegiado da acumulação capitalista. Desse modo, surgem contradições entre as instituições da instância local e aquelas do nível estadual e/ou federal do Estado, quando as primeiras e/ou as segundas (ou segmentos delas) buscam reorientar suas políticas urbanas para os interesses das classes dominadas, vítimas da segregação urbana, em contraposição aos interesses vigentes nas estruturas estatais, vinculados ao grande e médio capital. A recusa em sacrificar uma política centrada na reprodução ampliada da força de trabalho (incluindo aí o micro e pequeno empreendedores, ou seja, para Lojkine, a fração do capital não monopolista), pode levar certas municipalidades a se oporem politicamente ao poder de Estado central, capturado hoje pelas grandes organizações econômicas internacionais - como o FMI e o Banco Mundial -, hegemonizadas pela Tríade e pelo G7 e subordinadas ao controle "imperial" dos Estados Unidos.

Sua análise passa pelo caráter contraditório da intervenção estatal (reprodução da luta de classes no interior do Estado) como pela função social do conjunto dos aparelhos de Estado e pelos níveis do efeito social de sua intervenção: a segregação social provocada na instalação e apropriação dos equipamentos urbanos.

A contraditoriedade instala-se na medida em que o conjunto da máquina administrativa produz uma distribuição segregativa dos equipamentos urbanos, conforme privilegiem eles à reprodução do trabalho vivo ou do capital (trabalho cristalizado).

A principal função das Políticas Públicas resume-se na instalação e manutenção das condições gerais da produção capitalista e dos meios de reprodução da força de trabalho. O fio condutor dessa afirmação, em última instância, tem como eixo a concepção marxiana relativa aos processos de cooperação e socialização, operados na fábrica, que se observam também no conjunto da sociedade, cabendo ao Estado a instalação dos meios que viabilizam tais processos, relativos à reprodução ampliada do capital. Ou seja, a concepção de políticas públicas, fundada neste paradigma, não se limita a vinculá-las à reprodução da força de trabalho, mas se estende às formas de reprodução do capital, passando tanto pelo fomento ao processo imediato da produção, como as processualidades extensivas ao conjunto da sociedade (LOJKINE, 1997, p. 145).

5 A CIDADE: PRODUTO DA RELAÇÃO CAPITAL X TRABALHO, SOB A MEDIAÇÃO DO ESTADO CAPITALISTA

A cidade, pensada a partir da aglomeração dos meios de reprodução do capital e do trabalho, se explicita na "divisão territorial do trabalho". Esta unidade dialética entre divisão, de um lado, e cooperação, de outro, ocorre inicialmente na empresa capitalista e se dá pela distribuição dos produtores e de seus meios de produção entre os diversos ramos de trabalho social. Na fábrica prevalece a lógica da "lei de ferro", enquanto que o processo de cooperação no conjunto da cidade (e aí estamos nos referindo ao mercado) foi marcado, na fase concorrencial, pela lógica "anárquica" da livre concorrência entre produtores mercantis, independentes, e que hoje, quando estão oligopolizados, embora permaneça a concorrência acirrada, sendo o jogo comandado muito mais por seus interesses. A diferença de natureza do processo de cooperação, nestes dois níveis, faz parte da contradição central do modo de produção capitalista, ou seja, a superação do modo de produção capitalista é imprescindível ao fim da concorrência econômica.

O território urbano, apropriado pelo capital, num embate ferrenho com os movimentos sociais e ambientalistas, ou seja, através de uma luta desigual entre as forças capitalistas e as forças que representam a defesa do trabalho vivo, passa a ser caracterizado por funções necessárias à reprodução ampliada do capital, resultando:

- de um lado, na aglomeração espacial dos suportes materiais necessários ao capital, como portos, rodo-ferrovias, infovias, redes telemáticas etc.;

- e de outro, naqueles outros suportes associados às condições de (re) produção da força de trabalho, como os conjuntos de casas e de equipamentos/serviços coletivos.

Esses conjuntos de instalações industriais, comerciais e equipamentos coleitvos ao se aglomerarem no espaço urbano, concorrem para a sua constituição e expansão, constituindo-se em zonas especiais, como as portuárias, as industriais, as comerciais e áreas onde se concentram universidades, centros de pesquisa e de formação de gestores. Certos espaços são reservados para as zonas residenciais.

Em conseqüência, as cidades são particularizadas pela função preponderante que desempenham neste processo ampliado de produção capitalista, hoje, cada vez mais globalizado, dentro e fora dos limites territoriais de seus próprios países, ou seja, em âmbitos nacional, regional e global, processo do qual resulta uma configuração hierarquizada dos Estados-nação, que as definem como megalópoles (cidades globais), metrópoles e cidades médias e pequenas.

De acordo com o exposto, a forma urbana e as políticas urbanas e, particularmente, as políticas sociais não são, de modo algum, um fenômeno autônomo, ao contrário, estão sujeitas às leis de desenvolvimento da acumulação capitalista, encontrando-se associadas à tendência do capital em aumentar a produtividade do trabalho, pela socialização contraditória das forças produtivas (humanas e materiais), na qual a urbanização é um componente essencial.

Na nossa discussão, focalizamos a cidade como cenário dos embates de classes, como também, hoje, dado o desenvolvimento das forças produtivas sociais, seu território é diretamente produtivo. Com base nestes pressupostos, a cidade, além de expressar o efeito direto da necessidade de economizar as falsas despesas de produção, de circulação e de consumo, na aceleração da velocidade de rotação do

capital, ela expressa no seu próprio território a unidade contraditória das necessidades do capital e do trabalho, marcada pelas forças produtivas materiais, humanas e sociais, com destaque para o papel decisivo da formação ampliada da força de trabalho. Reflete no seu espaço a lógica contraditória da produção capitalista, na apropriação dos efeitos úteis da aglomeração dos meios de reprodução do capital e do trabalho, não estando esta apropriação alheia à contradição fundamental entre capital e trabalho.

A cidade capitalista aparece, então, como o "lugar da nova divisão do trabalho", sendo que, nas novas condições de desenvolvimento do capitalismo, ela se situa no "âmago do afrontamento entre capital e trabalho". Será nesta tensão entre produção/consumo e capital/trabalho, que a intervenção do Estado capitalista é visibilizada através das políticas urbanas, tornando-o, contraditoriamente, o produto mais elaborado dessa socialização e também a confissão do seu fracasso, ou seja, a planificação e o conjunto da política estatal agem menos como instrumentos de regulação, do que como explicitação dos conflitos e antagonismos resultantes das relações entre as classes e frações das classes sociais.

Assim, o Estado desempenha uma função vital no sentido de fazer valer os interesses do capital monopolista. Mas, a relação do Estado com os grandes grupos econômicos ou financeiros, monopolizados, não significa uma relação absolutamente igual no tempo, mas resulta de um processo histórico e apresenta mutações, decorrentes do desenvolvimento das forças produtivas, das articulações convergentes das dinâmicas produtivas, como também e principalmente do estágio da luta de classes em determinada sociedade. Neste sentido, é incorreta a redução do papel do Estado à regulação das lutas de classes, na medida em que os níveis de comprometimento entre as estruturas estatais e a dinâmica da lucratividade, respondem, muitas vezes, à exacerbação das contradições de domínio econômico, social ou político.

A abordagem do urbano, quando se ressalta a função das condições gerais da produção capitalista, permite-nos apreender o papel fundamental dos equipamentos urbanos no crescimento da produtividade global, visto que esta perspectiva analítica leva em consideração as contradições do processo de socialização urbana, entre seu valor de uso coletivo (como por exemplo, os efeitos úteis da aglomeração capitalista)

e sua apropriação privada, examinando o nível de investimento urbano (público e privado), bem como, os níveis de coordenação dos agentes (tentativas de planejamento e tendências cegas do mercado imobiliário) e, finalmente, os níveis de privatização do valor de uso urbano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recuperamos a concepção de Estado na teoria marxista mostrando como o Estado é a expressão dos interesses inconciliáveis das classes fundamentais, do capital x trabalho, e que ele está a serviço da classe dominante, tentando mascarar seus reais interesses. Pela pressão da organização dos trabalhadores o Estado passa a realizar políticas públicas no sentido de controlá-los, ao mesmo tempo em que financia os investimentos e absorve os riscos do capital privado. O texto mostra como o Estado atual no processo de mundialização do capital, institui ações que vão reduzir os gastos com políticas públicas, ao mesmo tempo em que ele passa a privilegiar o grande capital mundializado, e os capitais nacionais a ele subordinados, com a transferência de recursos públicos para a acumulação privada. Isso sem falar nos processos de privatização, de concessão de serviços públicos e de parcerias público-privadas que avançam no mundo e no Brasil. Assim, a intervenção política do Estado vai no sentido de defender os interesses econômicos do grande capital mundializado em detrimento dos interesses da população dos países por ele explorado.

A cidade capitalista espelha essas contradições fundamentais, tanto na sua forma de organização geo-espacial, como na sua ocupação pelos setores dominantes e pela classe trabalhadora. Neste espaço urbano, a especulação financeira e a distribuição desigual dos recursos e das políticas públicas se materializam. O processo de mercantilização do espaço da cidade e dos serviços vai privilegiar a acumulação de riquezas nas mãos dos capitalistas, enquanto as classes trabalhadoras estão localizadas nos bairros de periferia onde os serviços públicos, quando são oferecidos, são sempre de maneira precária.

REFERÊNCIAS

BENETTI, C. "A teoria geral 50 anos depois: Keynes e a teoria neokeynesiana contemporânea". In: AMADEO, E. F. (editor). *John M. Keynes: cinqüenta anos da Teoria Geral*. Rio de Janeiro: IPEA, 1992, p. 87-99.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1986.

BOCCARA, P. *Etudes sur le capitalisme d'Etat, ses crises et son issue.* Paris: Editions Sociales, 1973.

_____. *O capitalismo monopolista de Estado. Tratado marxista de economia política.* Lisboa, Seara Nova, 1976.

_____. *Le capitalisme d'Etat, as crise et son issue*. Paris, Editions Sociales, 1971 (terceira edição aumentada, 1977).

_____. *Sur la mise en mouvement du "Capital"*. Paris: Editions Sociales, 1978.

CRUZ, César Albenes de Mendonça e ANDRADE, Renato Almeida de. (Org.) *Trabalho e Políticas Públicas.* Vitória/ES: Editora Milfontes, 2019.

CHESNAIS. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

_____. (coord.). *A mundialização financeira: gênese, custos e riscos*. São Paulo, Xamã, 1999.

_____. "Um programa de ruptura com o neoliberalismo". In: Heller, Agnes et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro, Contraponto, 1999.

_____ et al. *A mundialização financeira: gênese, custos e risco*. SP, Xamã, 1998.

KRUGMAN, P. *A crise de 2008 e a economia da depressão.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LEFEBVRE, Henri. *A cidade do capital*. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

LOJKINE. *O Estado capitalista e a questão urbana*, São Paulo: Martins Fontes, 1981.

_____. *O Estado capitalista e a questão urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 1997 (com um novo prefácio, fazendo um balanço de sua obra).

MARX, Karl. "Introdução [à Crítica da Economia Política]". In: _____. *Para a Crítica da Economia Política. Salário, Preço e Lucro. O Rendimento e suas Fontes.* São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 03-21.

_____. *O capital: crítica da economia política. O processo de Produção do Capital.* Livro I, vol. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 a.

_____. *O capital: crítica da economia política. O processo de Produção do Capital.* Livro I, vol. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 b.

_____. *Obras Escolhidas.* V. I e V. II, São Paulo: Editora Alfa-Omega, s/d.

POULANTZAS, N. *L'Etat, le pouvoir et le socialisme*. Paris, PUF, 1978

RAUTA RAMOS (org.) *Metamorfoses sociais e políticas urbanas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SADER. *Estado e política em Marx*. São Paulo: Cortez, 1993.

TOSEL, André. *Études sur Marx (et Engels). Vers un communisme de la finitude*. Paris, Editions Kimé,1996.

9. A LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER: UMA PROPOSTA NORMATIVA PARA ESTADOS E MUNICÍPIOS

https://doi.org/10.36592/9786581110642-09

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer[1]

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa[2]

Horácio Augusto Mendes de Sousa[3]

RESUMO

O presente artigo analisa a constitucionalidade de lei disciplinadora da absorção da mão de mulheres vítimas de violência doméstica nos contratos públicos e demais parcerias administrativas dos Estados e Municípios, a partir de lei específica, estadual ou municipal fixadora dos limites, possibilidades e condições para a garantia do direito fundamental ao trabalho ora examinado. A medida legal, além de

[1] Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Pós-doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Graduada em Enfermagem e Obstetrícia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora de Pesquisa, Extensão e Relações Internacionais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDV (Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (QUALIS A 1). Coordenadora do Grupo do BIOGEPE- Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Consultora ad hoc da CAPES/MEC, para a área do Direito. Membro da Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos e Garantias Fundamentais. Colunista de A Gazeta. Vice-Presidente do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). https://orcid.org/0000-0003-4303-4211.

[2] Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo BIOGEPE - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro da Comissão contra a Discriminação e Assédio nas relações de Trabalho na Justiça Federal do Estado do Espírito Santo. Membro do grupo de Inovação da Justiça Federal do Estado do Espírito Santo. Servidora Pública da Justiça Federal do Estado do Espírito.

[3] Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha. Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais (PPGD/FDV). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC/UFF/PPGDC). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Coordenador da Nova Pós-Graduação em Gestão Pública da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor de Direito Administrativo e Econômico da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (ESPGE). Professor convidado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Procurador do Estado do Espírito Santo. https://orcid.org/0000-0001-7912-0934.

densificar diretamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concretiza a diretriz mundial atrelada a necessidade de empoderamento das mulheres, de modo a dar cumprimento aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, fixados pela Organização das Nações Unidas para os anos 2015-2030 (ODS), com o potencial de efetivar o papel essencial do Estado na proteção e promoção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica.
PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Direitos Fundamentais; Dignidade humana; Políticas Públicas; Licitação e Contrato Administrativo.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar os limites e possibilidades jurídicas para a absorção de mão de obra formada por mulheres vítimas de violência doméstica nos contratos e demais instrumentos de parcerias administrativas firmados pelos Estados e Municípios.

O tema se reveste de total relevância e atualidade. Isto porque, a proteção e promoção, real e prática, dos direitos fundamentais das mulheres, ainda é uma causa inacabada da humanidade, mundo afora e no Brasil. Em pleno século XXI, na era das grandes transformações digitais, científicas e tecnológicas, ainda nos deparamos, diariamente, com tratamentos discriminatórios injustificados e violências, físicas, sexuais, psicológicas e morais, contra as mulheres brasileiras.

Os números da violência doméstica no Brasil são assustadores e deram um lamentável salto com a chegada do terrível Coronavírus em terras brasileiras, notadamente pelo estreitamento da convivência doméstica, em razão do necessário isolamento social para a contenção do vírus devastador.

Segundo recente pesquisa do Datafolha, encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, cerca de dezessete milhões de mulheres no Brasil, uma em cada quatro mulheres, foi vítima de algum tipo de violência durante à pandemia, aumentando a violência dentro de casa.

Não é por outra razão que a Organização das Nações Unidas fixou, dentre os dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável, a serem alcançados no planeta Terra, entre os anos 2015-2030, em especial, o empoderamento das mulheres, visando à redução da injusta desigualdade de oportunidades e chances diante dos homens, consoante se verifica do objetivo de nº 5 dos ODS da ONU, ao estabelecer

expressamente a busca da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas (ONU-2015).

O mesmo compromisso foi assumido, pioneiramente, no Estado do Espírito Santo, por meio da Lei Complementar estadual nº 929, de 26 de setembro de 2019, que estabelece instrumentos e procedimentos para as parcerias entre as *startups* e o Poder Público estadual, com vistas, dentre outros objetivos, ao empoderamento das mulheres e meninas capixabas, por meio de tecnologias e recursos digitais, conforme se extrai do artigo 3º, da citada Lei Complementar estadual.

Dando mais um passo na busca de redução das desigualdades de oportunidades e chances entre mulheres e homens, em boa hora, a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, denominada de nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, trouxe uma importante regra estabelecendo a possibilidade de mulheres vítimas de violência doméstica serem contratadas para trabalharem nos contratos públicos em que a União, os Estados e os Municípios venham a celebrar com as sociedades empresárias, nos termos estabelecidos no edital de licitação, consoante o artigo 25, § 9º, inciso I, da citada lei, conforme estabelecido em regulamento.

Cuida-se de excelente política pública a ser implementada pela União, Estados e Municípios, sem a necessidade de gastos públicos para que a citada política pública se torne realidade e melhore a vida das mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica. Em outros termos, cuida-se de boa diretriz de gestão pública, de simples e rápida implementação, desde que se adotem algumas medidas, como se pretende analisar no presente trabalho.

Neste contexto, o problema da presente pesquisa pode ser sintetizado na seguinte indagação: como garantir, com constitucionalidade, legalidade, eficiência e eficácia, a absorção de mão de obra formada por mulheres vítimas de violência doméstica nos contratos e demais instrumentos de parcerias administrativas firmados pelos Estados e Municípios?

Como hipótese da presente pesquisa, admite-se a constitucionalidade, legalidade, eficiência e eficácia de políticas públicas assecuratórias da absorção de mão de obra formada por mulheres vítimas de violência doméstica nos contratos e demais instrumentos de parcerias administrativas firmados pelos Estados e

Municípios, como medida redutora da desigualdade de gênero, por meio da função regulatória da licitação, da contratação pública e outros arranjos de parcerias administrativas firmadas por Estados e Municípios.

Como objetivos da presente pesquisa, busca-se analisar alguns aspectos jurídico-constitucionais da desigualdade de gênero e o acesso ao mercado de trabalho pelas mulheres vítimas de violência doméstica, identificar a licitação e a contratação pública como instrumentos regulatórios para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher e apresentar uma proposta normativa para Estados e Municípios.

O presente trabalho adota o método dedutivo, partindo-se de premissas jurídicas gerais para a análise da temática proposta, a partir de pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema.

O vertente trabalho se divide em três partes fundamentais. Inicialmente, na primeira parte, tenciona-se analisar alguns jurídico-constitucionais da desigualdade de gênero e o acesso ao mercado de trabalho pelas mulheres vítimas de violência doméstica. Na segunda parte, examina-se a licitação e a contratação pública como instrumentos regulatórios para o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher, à luz do Direito brasileiro. Na terceira parte, pretende-se apresentar uma proposta normativa para Estados e Municípios, visando à implementação da política pública objeto do presente estudo. Por último, serão apresentadas as considerações finais.

2 DESIGUALDADE DE GÊNERO E O ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO PELAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Como se sabe, a desigualdade de gênero se constitui em causa inacabada da humanidade. Neste contexto, verifica-se o aprofundamento dessas injustificáveis assimetrias entre homens e mulheres quando se analisa a desigualdade de oportunidades e chances relacionadas ao gênero, no acesso ao mercado de trabalho, notadamente em se tratando de mulheres vítimas de violência doméstica.

Essas distorções empíricas violam frontalmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Isto porque, vulneram a própria dignidade da pessoa

humana, epicentro axiológico do ordenamento jurídico, razão maior da existência do Estado Democrático de Direito, que tem como maior missão promovê-la, protegê-la e efetivá-la na vida real das pessoas, consoante se extrai do artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira de 1988.

Destarte, em seu conteúdo essencial, a dignidade humana pressupõe, dentre outros conteúdos substanciais, além do direito à liberdade, o direito à integridade psícofísica e o direito à igualdade. Essa igualdade, concretizada no princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput* e reforçada, em relação aos homens e mulheres, no inciso I do mesmo enunciado normativo da Constituição brasileira de 1988 pressupõe, como se sabe, não somente a igualdade formal, mas, também, a igualdade material e, nesta perspectiva, o direito de ser diferente.

Do latim, *dignus*, significa aquela que merece estima e honra, aquele que é importante. É, também, a consideração da mulher como fim em si mesma, como o centro valorativo fundamental e finalístico de todo o ordenamento jurídico (ABBAGNANO, 2007, p. 327). O princípio em foco, consoante Maria Celina Bodin de Moraes, tem origem no Cristianismo, onde as suas bases fundamentais foram lançadas, para, mais adiante, notadamente após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), como reação às desumanidades perpetradas sob o signo do nazi-facismo, ser positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e, posteriormente, nas principais Constituições mundo afora, dentre elas, a Alemã, a Lei Fundamental de Bonn (1949), expressando, em seu art. 1º, que "a dignidade do homem é intangível", sendo obrigação, de todos os Poderes do Estado, respeitá-la e protegê-la (2003, p. 77-83).

A dignidade humana, pois, é a substância única qualificadora dos homens e mulheres (MORAES, 2003, p. 77), verdadeiro fundamento de legitimação da República, a partir da efetiva possibilidade do homem traçar livremente o seu projeto espiritual particular. (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 199).

Consoante Luís Roberto Barroso, o princípio corresponde a um "espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência" relacionando-se com a liberdade na opção por valores pessoais, bem como na garantia de condições mínimas materiais de subsistência (BARCELLOS, 2002, p. 05). Ana Paula de Barcellos assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana,

embora seja de conteúdo aberto, tem um núcleo essencial que se traduz na ideia do mínimo existencial, que é o conjunto de prestações positivas e materiais sem as quais a pessoa humana se encontrará abaixo da dignidade. Para a autora, essas prestações estariam ligadas aos serviços públicos de saúde básica, de educação fundamental, de assistência social e de acesso à justiça (BARCELLOS, 2002, p. 303-308).

A despeito dessa conquista político-jurídica fundamental da humanidade, as perspectivas teórico-jurídicas e doutrinárias aludidas não têm se concretizado, com a intensidade e velocidade desejadas, no plano da realidade empírica, tendo em vista o abismo e barreiras sociais, políticas, econômicas e jurídicas existentes entre homens e mulheres, principalmente porque essas últimas trabalham mais e ganham menos, inobstante a previsão constitucional de proscrição de diferenciação salarial em razão do gênero, nos termos do artigo 7º, XXX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esse quadro fático-jurídico se agrava exponencialmente quando se considera o acesso ao mercado de trabalho por parte das mulheres vítimas de violência doméstica, que sofrem dupla violação dos seus direitos fundamentais, seja pelas agressões psicofísicas a que são submetidas em seus lares, quer pela discriminação a que são expostas ao tentarem uma oportunidade de acesso ao trabalho. N**esse sentido, essa trágica e inadmissível circunstância dolorosa da vida, qual seja, a violência doméstica de que foi vítima, chega ao conhecimento do seu futuro empregador, gerando, assim, mais uma barreira a entrada no mercado laboral, violando-se, ademais, o mandado constitucional de valorização do trabalho humano, na forma dos artigos 1º, IV e 170, *caput*, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não é por outra razão que o marco jurídico brasileiro de proteção e promoção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica reforça a necessidade de efetivação desses direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental ao trabalho, "sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social", nos termos dos artigos 2º e 3º, ambos da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Ademais, ainda segundo o marco jurídico infraconstitucional aludido, cabe ao Poder Público criar condições favoráveis para a promoção e efetivação dos direitos fundamentais aludidos, inclusive o direito fundamental ao trabalho. Pela relevância, confira-se a previsão legal:

> 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. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Cuidam-se, pois, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, de diretrizes voltadas à densificação dos direitos fundamentais das mulheres, rumo à um efetivo "Estado de justiça" (1998, P. 240-241).

Neste contexto, o Estado Democrático de Direito no Brasil, por meio de todos os entes políticos da Federação brasileira, pode e deve utilizar o seu poder de contratação para, por meio dos contratos administrativos e outros vínculos jurídico-negociais firmados pela gestão pública, viabilizar a absorção, nos pactos administrativos, da mão de obra formada por mulheres vítimas de violência doméstica, e, assim, obter uma proposta mais vantajosa para a gestão pública, a partir da concretização das diretrizes constitucionais e legais acima mencionadas, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição brasileira de 1988, consoante se passa a examinar adiante.

3 A LICITAÇÃO E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS REGULATÓRIOS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Em síntese necessária, a função de regulatória da licitação, da contratação e de outras parcerias administrativas do Estado significa a utilização desses institutos, quais sejam, a licitação, o contrato público, o convênio administrativo, o credenciamento, entre outros instrumentos, visando o alcance de objetivos constitucionais, para além do aspecto estritamente econômico das parcerias administrativas, concretizador do princípio da economicidade dos vínculos negociais do Estado (SOUTO, 2002, p. 189-190).

Isto porque, a licitação, o contrato público e outros arranjos de parcerias administrativas estatais, no modelo de Estado Democrático de Direito, diante de uma sociedade complexa, plural e crescentemente tecnológica, alcançam uma dimensão valorativamente ampliada (PEDRA, 2020, P. 222-223).

Neste passo, tais instrumentos de parcerias administrativas podem ser direcionados ao alcance de múltiplos objetivos constitucionais, tais como a proteção das micro e pequenas sociedades empresárias, a preservação do meio ambiente, a promoção do desenvolvimento tecnológico na gestão pública, a ressocialização de presos e egressos por meio dos contratos e convênios firmados pelo Estado, a reinserção laboral das pessoas com deficiência e reabilitados perante à previdência social, por meio de contratos públicos, tudo com vistas ao desenvolvimento socioeconômico sustentável, tal como previsto como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil previsto no artigo 3º da nossa matriz constitucional brasileira de 1988 (SOUSA, 2012, p. 85-133).

Neste contexto, se insere, também, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica, notadamente a contratação das mesmas por meio dos contratos públicos e outros arranjos de parcerias administrativas do Estado.

Nesta perspectiva, a função regulatória da licitação, do contrato público e demais arranjos de parcerias administrativas do Estado se relacionam e se destinam, instrumentalmente, à concretização do princípio do desenvolvimento

socioeconômico sustentável ou princípio constitucional da sustentabilidade, decorrente, em especial, do artigo 3º da Constituição brasileira de 1988 (SOUSA, 2010, p. 179-244).

Em outros termos, a função regulatória da licitação e demais parcerias administrativas do Estado também devem ser concebidas como instrumentos de realização dos objetivos e promessas constitucionais consagradas no já citado art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente porque o Estado Democrático de Direito brasileiro, mesmo assumindo a sua relevante função planejadora, normativa e reguladora, ainda não concretizou o projeto constitucional e as promessas aludidas, inclusive no que tange ao equacionamento do grave problema pertinente à violência doméstica a que são submetidas as mulheres brasileiras, com trágicas consequências e dificuldades, inclusive, no acesso ao mercado de trabalho.

Esse quadro se agravou na atualidade, mundo afora e no Brasil, em razão da grave crise pandêmica decorrente da Covid-19, com gravíssimas repercussões humanitárias, sociais, econômicas e jurídicas para todos os brasileiros, e consequências ainda incalculáveis, configurando-se, em última análise, uma verdadeira crise do Estado Democrático de Direito e das instituições políticas e jurídicas tradicionais e suas fragilidades na adoção de medidas para o combate ao Coronavírus (BUSSINGUER e SOUSA, 2020, p. 265-294).

Nada obstante, como nos lembra Adriano Santa'Ana Pedra, essa crise ensejou a necessidade de pensarmos e repensarmos inúmeras questões jurídicas no Brasil (2020, p. 17-29), com a urgência e prudência que o contexto atual exige, assim como as categorias jurídicas tradicionais no Direito Administrativo brasileiro e sua utilização para a superação da crise.

Especificamente na temática do presente estudo, não se pode deixar de destacar o advento do novo marco jurídico das licitações e contratações públicas, por meio da Lei nº 14.133/2021, trazendo um novo influxo normativo para a função regulatória da licitação, da contratação pública e de outros arranjos de parcerias administrativas do Estado.

Destarte, dando mais um passo na busca de redução das desigualdades de oportunidades e chances entre mulheres e homens, em boa hora, a Lei nº 14.133, de

01 de abril de 2021, denominada de nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, trouxe uma importante regra estabelecendo a possibilidade de mulheres vítimas de violência doméstica serem contratadas para trabalharem nos contratos públicos em que a União, os Estados e os Municípios venham a celebrar com as sociedades empresárias, nos termos estabelecidos no edital de licitação, consoante o artigo 25, § 9º, inciso I, da citada lei, conforme estabelecido em regulamento.

Como dito, trata-se de excelente política pública a ser implementada pela União, Estados e Municípios, sem a necessidade de gastos públicos para que a citada política pública se torne realidade e melhore a vida das mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica. Em outros termos, cuida-se de boa diretriz de gestão pública, de simples e rápida implementação, desde que se adotem algumas medidas, como se pretende analisar no presente trabalho.

Neste contexto, avulta a importância jurídica e potencialidade, pragmática e consequencialista, acerca da adequada utilização da função regulatória da licitação e da contratação pública, bem como outros arranjos de parcerias administrativas, enquanto relevantes instrumentos de gestão pública idôneos a minimizar os efeitos da crise atual na vida das pessoas, sobretudo das mulheres vítimas de violência doméstica.

Por tais razões, espera-se que o presente trabalho possa, ao menos, chamar a atenção de gestores públicos e operadores do Direito para a relevância prática dos presentes instrumentos, de modo a auxiliar a Administração Pública brasileira, em todos os níveis federativos, a ser mais eficiente e eficaz na sua nobre missão concretizadora de direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica, principalmente em tempos de crise, como a presente, ora vivenciada no Brasil e no mundo.

Adiante, propõe-se a edição de ato normativo para Estados e Municípios disciplinando a estrutura de governança público-privada para a absorção da mão de obra de mulheres vítimas de violência doméstica nas contratações públicas e outros arranjos de parcerias administrativas estatais.

4 UMA PROPOSTA NORMATIVA PARA ESTADOS E MUNICÍPIOS

Retoma-se aqui algumas considerações anteriores feitas em relação à outra proposta normativa voltada à concretização dos direitos fundamentais das mulheres e meninas no Brasil, aplicáveis ao caso vertente (BUSSINGUER e SOUSA, 2021, p. 1-30).

Sob a ótica do devido processo legal legislativo, a lei estadual ou municipal que busque disciplinar uma política pública de garantidora do direito fundamental ao trabalho das mulheres vítimas de violência doméstica densifica diversos enunciados normativos constitucionais e infraconstitucionais, na medida em que cuida de tema que toca, conjuntamente, tanto aos interesses públicos estaduais quanto municipais, cuidando-se, pois, de normas relacionadas tanto à promoção da saúde quanto da assistência social, espectro de competências constitucionais onde a atuação de Estados e Municípios ostenta notória legitimidade constitucional, em especial, nos termos dos artigos. 23, II, 24, XII, XV, 196, 198 e 200, todos da Constituição da República de 1988.

Destarte, o tema se refere, pois, com grande intensidade, frise-se, à formulação e implementação de políticas públicas de saúde e assistência social, na ótica dos interesses regionais estaduais e locais, nos termos dos arts. 25, *caput* e § 1º e 30, I e II, ambos da Constituição da República de 1988.

Ainda na perspectiva da constitucionalidade formal, a iniciativa legislativa deflagradora do devido processo legal respectivo deve ser do Chefe do Poder Executivo, estadual ou municipal. Isto porque se cuida de atividade tipicamente administrativa, qual seja, o fomento laboral às mulheres vítimas de violência doméstica por meio das contratações públicas e outros arranjos de parcerias administrativas estaduais e municipais, com a necessária estruturação organizacional administrativa para dar concretude e executividade à iniciativa em análise, nos termos do arts. 2º e 61, § 1º, II, alíneas “a”, “b” e “e”, ambos da Constituição da República de 1988.

Daí porque será inconstitucional eventual lei estadual ou municipal, de iniciativa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Municipal, que pretenda disciplinar a matéria, violando-se, pois, o princípio constitucional da separação de

independência dos Poderes estatais e o devido processo legal legislativo aplicável à espécie.

Sob a ótica da constitucionalidade material, a lei estadual ou municipal disciplinadora da matéria atende a um conjunto expressivo de enunciados normativos constitucionais relacionados à densificação dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica, como demonstrado no capítulo anterior desse trabalho, especialmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento sustentável e da isonomia, bem como a necessidade de valorização do trabalho humano, nos termos dos arts. 1º, incisos III e IV, 3º, 5º, I, 7º, XXX e 170, todos da Constituição brasileira de 1988.

Destarte, a lei em perspectiva reforça a importância do papel do Estado no planejamento e execução de políticas públicas e programas que ampliem a dignidade humana das mulheres vítimas de violência doméstica, , vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico, na forma do art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Destarte, a medida legal em análise ressalta, também, a necessidade de empoderamento das mulheres vítimas de violência doméstica, por meio da proteção e promoção dos seus direitos fundamentais ao trabalho e à saúde, considerando-se a possibilidade de coordenação entre os órgãos do Poder Executivo estadual e municipal, visando à proteção e promoção dos direitos fundamentais aludidos. Ademais, destaca-se a possibilidade de cooperação entre o Estado e os Municípios na proteção e promoção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica, nos termos do art. 241 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A medida legal realiza, ademais, a diretriz mundial atrelada a necessidade de empoderamento das mulheres brasileiras, de modo a dar cumprimento aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, fixados pela Organização das Nações Unidas para os anos 2015-2030 (ODS), em especial os ODS 1 (Erradicação da Pobreza), 5 (Igualdade de Gênero) e 10 (Redução das Desigualdades) (ONU, 2015).

Em outros termos, a medida densifica o papel essencial dos Estados e Municípios na proteção e promoção dos direitos fundamentais das meninas, de modo a atender, no plano doméstico, o já citado objetivo fundamental da República

de promover o desenvolvimento social e econômico sustentáveis de todas mulheres brasileiras, nos termos do art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, densificador do princípio constitucional da sustentabilidade (FREITAS, 2012, p. 42) e do mínimo existêncial, sem o qual as declarações de direitos fundamentais e liberdades se tornam meras "proclamações formais destituídas de efeito prático" (BINENBOJM, 2020, p. 81).

Ademais disso, trata-se de medida legal com elevado grau de pragmatismo e consequencialismo, nos termos do art. 20 da Lei nº 13.655/2018, de modo a mitigar, no plano da realidade estadual e municipal, uma dura realidade das mulheres vítimas de violência doméstica, de maneira concreta, efetiva e sem abstrações indevidas (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 21-42).

A despeito do art. 25, § 9º, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 falar em regulamento disciplinador da absorção da mão de obra de mulheres vítimas de violência doméstica nas contratações públicas e outros instrumentos de parcerias, o tratamento legal da política pública em análise retira eventual possibilidade de alegação no sentido da discricionariedade administrativa na execução da medida administrativa ora analisada, transmutando-se em política pública de de Estado e, não, de um governo de plantão, a partir da opção político-legislativa compartilhada entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, o que justifica, também sob essa ótica, o tratamento legal da matéria.

Muito ao revés. Cuida-se da necessidade de se garantir, cada vez mais, a progressividade e não regressividade das prestações estatais inerentes ao direito fundamental ao trabalho das mulheres vítimas de violência doméstica, na medida em que a progressividade dos direitos humanos e fundamentais é um elemento estrutural do Estado Constitucional, democrático, ambiental e, sobretudo, social de Direito (CALVO, 2019, p. 230), o que não deve ser olvidado por Estados e Municípios.

Em outros termos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na lição da Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento "tem um compromisso visceral com os direitos fundamentais como um todo, e não só com as liberdades individuais clássicas", tudo de modo a promover, de forma multidimensional, a dignidade humana (SOUZA NETO e SARMENTO, 2012, p. 271), densificada, no caso

em exame, por meio da política pública de Estado estratificada em lei estadual e municipal, como adiante sugerido.

Posteriormente, nada obsta que, por meio de Decreto estadual ou municipal, se estabeleça uma estrutura de governança, por exemplo, uma comissão pública, com a participação da iniciativa privada, especialmente de entidades de proteção de direitos fundamentais das mulheres e universidades, para a indicação das mulheres vítimas de violência doméstica, que teriam o perfil para serem contratadas por meio dos contratos de obras e serviços que as empresas venham a celebrar com a administração pública.

Bastaria uma indicação por laudo de assistência social e psicológico, de entidades de proteção e promoção dos direitos das mulheres, com recomendação da mulher, vítima de violência doméstica, para o preenchimento da vaga nos contratos públicos.

Na ótica das empresas contratadas do Poder Público e que venham a absorver a mão de obra de mulheres vítimas de violência doméstica, ao final de cada ano, como medida de incentivo à responsabilidade social empresarial, a administração pública daria um selo reconhecendo a função social e a boa prática da empresa enquanto parceira da gestão pública na execução dessa importante política pública de reinserção social, econômica e laboral da mulher vítima de violência doméstica, amplificando a boa imagem corporativa da empresa parceira do Poder Público.

Essa experiência não é nova na gestão pública e já é adotada, com sucesso, há mais de dez anos, no Estado do Espírito Santo, em relação aos presos e egressos advindos do sistema prisional capixaba, que são selecionados para trabalharem nos contratos de obras e serviços que o Estado celebra com as empresas.

Como dito, até mesmo cada Município pode adotar a mesma prática internamente, nos seus respectivos contratos públicos. E mais, o Poder Público estadual pode condicionar a transferência voluntária de recursos aos Municípios – para a construção de uma escola ou hospital, por exemplo – desde que o Município se comprometa, mediante convênio, a absorver em seus contratos públicos municipais a mão de obra de mulheres vítimas de violência doméstica do seu próprio Município ou de Município próximo.

Cuida-se, assim, da função regulatória da licitação e da contratação pública, de modo a realizar políticas públicas essenciais por meio do grande poder de contratação do Poder Público, atendendo-se a valores caríssimos previstos na Constituição brasileira de 1988, no rumo da construção de uma sociedade brasileira mais livre, mais justa e mais solidária, eliminando as desigualdades injustas entre homens e mulheres, nos termos do artigo 3º da nossa Constituição.

É certo que essa medida não resolve o gravíssimo problema da desigualdade de chances e oportunidades das mulheres no Brasil, especialmente àquelas vítimas de violência doméstica. Todavia, é um relevante passo no caminho de uma vida mais digna às mulheres que tiveram suas vidas marcadas pela barbárie praticada em seus próprios lares. Daí, portanto, a importância da medida, como resposta a esse trágico problema histórico e contemporâneo da sociedade brasileira.

Nesta ordem de ideias, sugere-se a edição, pelo Estado ou pelo Município, de lei tratando da temática em análise, nos termos da proposta que ora se apresenta adiante. O anteprojeto de lei que segue cuida de proposta normativa considerando a realidade estadual. Nada obstante, com as adaptações pertinentes, pode ser implementada no âmbito dos Municípios.

> ANTEPROJETO DE LEI Nº, DE 2021
>
> Estabelece o Programa Estadual/Municipal de contratação de mulheres vítimas de violência doméstica, por meio dos contratos públicos, contratos de gestão, convênios de cooperação e outros instrumentos de parcerias administrativas firmados pelo Estado/Município e dá outras providências.
>
> O GOVERNADOR DO ESTADO/O PRFEITO DO MUNICÍPIO
>
> Faço saber que a Assembleia Legislativa/Câmara Municipal decretou e eu sanciono a seguinte Lei:
>
> Art. 1º Esta Lei estabelece o Programa Estadual/Municipal de contratação de mulheres vítimas de violência doméstica, por meio dos contratos públicos, contratos de gestão, convênios de cooperação e outros instrumentos de parcerias administrativas firmados pelo Estado/Município e dá outras providências, nos termos do art. 3º da Lei nº 8666, de 21 de julho de 1993 e do art. 25, § 9º, inciso I, da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, ou outro marco

jurídico que venha a substituí-lo, sem prejuízo da disciplina decorrente de ato normativo estadual/estadual destinado à sua eficácia e efetividade social.
Art. 2º São objetivos da presente Lei:

I - garantir a observância do direito fundamental da mulher vítima de violência doméstica ao trabalho digno;

II – proporcionar condições para que haja efetiva ampliação do acesso ao mercado de trabalho por parte da mulher vítima de violência doméstica;

III - criar e fomentar mecanismos para o desenvolvimento de uma ética e cultura solidárias, nos diversos segmentos da sociedade, bem como em relação aos atores públicos e privados, de modo a destacar a relevância do trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

IV - promover o monitoramento e o acompanhamento das ações e iniciativas, públicas e privadas, voltadas à garantia do direito fundamental ao trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

V - criar condições, por meio de medidas de fomento público, para que se amplie o universo de oportunidades para ingresso e permanência da mulher vítima de violência doméstica no mercado de trabalho;

VI - incentivar a celebração de parcerias, junto aos atores públicos e privados, de natureza econômica e não econômica, com vistas à efetivação do direito fundamental ao trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

VII - fomentar a participação cidadã, direta e indiretamente, no planejamento, execução e controle social das medidas voltadas à proteção e promoção do direito fundamental ao trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

VIII - reunir informações que subsidiem o aperfeiçoamento e ampliação das oportunidades de ingresso e permanência no mercado de trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

IX - estimular a utilização de ferramentas de ciência, tecnologia e inovação no aperfeiçoamento da mão de obra formada pela mulher vítima de violência doméstica;

X - incentivar a educação continuada, com vistas à formação e qualificação profissional da mulher vítima de violência doméstica;

XI - realizar atividades esportivas contemplando a mulher vítima de violência doméstica.

Art. 3º São fundamentos dessa Lei:

I - a garantia da dignidade humana da mulher vítima de violência doméstica, por meio do trabalho;

II - o direito fundamental ao trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

III - a valorização social do trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

IV - o desenvolvimento social e econômico da mulher vítima de violência doméstica, por meio do trabalho;

V - o desenvolvimento de atividades fomentadoras, por parte do Estado/Município, de modo a viabilizar o trabalho digno da mulher vítima de violência doméstica;

VI - a promoção de mecanismos de participação cidadã e controle social no planejamento, no desenvolvimento e na execução das políticas públicas voltadas ao trabalho da mulher vítima de violência doméstica.

Art. 4º São instrumentos da presente Lei:

I - a instituição de mecanismos indutivos, voltados à garantia do direito fundamental ao trabalho da mulher vítima de violência doméstica;

II - a celebração de parcerias, com atores públicos e privados, visando à garantia de empregos à da mulher vítima de violência doméstica;

III - a viabilização de meios de contratação da mulher vítima de violência doméstica por meio de iniciativas e parcerias firmadas pelo Estado/Município;

IV - a instituição de um sistema informatizado para controle e acompanhamento do trabalho da mulher vítima de violência doméstica.

Art. 5º O Programa previsto nesta Lei será desenvolvido pela Secretaria de Estado/Municipal de Direitos Humanos, a quem compete:

I - realizar o planejamento, a gestão, a execução e o controle do Programa disciplinado por esta Lei;

II - firmar parcerias com os demais entes políticos da Federação, buscando formas de gestão eficiente, econômica e eficaz do Programa criado por esta Lei;

III - firmar parcerias com entidades privadas, com e sem finalidade lucrativa, de modo a obter uma execução eficiente, econômica e eficaz das iniciativas e medidas pertinentes ao Programa criado por esta Lei;

IV - viabilizar e fomentar a participação social nos projetos e iniciativas da presente Lei;

V - celebrar parcerias com outros órgãos ou entidades públicas, de modo a viabilizar o aprimoramento das atuações administrativas;

VI - promover a contínua e permanente capacitação de recursos humanos envolvidos na implementação da presente Lei;

VII - buscar parcerias, com a iniciativa pública e privada, com vistas ao financiamento de projetos e ações pertinentes ao Programa previsto na presente Lei;

VIII - efetivar o uso de ferramentas de ciência, tecnologia e inovação no aperfeiçoamento da mão de obra da mulher vítima de violência doméstica;

IX - exercer outras atividades correlatas, relevantes para o planejamento, gestão, execução e controle do Programa previsto na presente Lei;

X - certificar-se de que as características profissionais e psicossociais da mulher vítima de violência doméstica sejam compatíveis com as atividades requeridas pelo contratado e com os objetivos do Programa previsto na presente Lei, necessárias à fiel e eficiente execução do contrato firmado com a Administração Pública estadual/municipal.

Parágrafo único. Quando, em razão da natureza do contrato, obra ou serviço, não for possível a aplicação das disposições desta Lei, a incompatibilidade deverá ser devidamente demonstrada e justificada pelo contratado, cabendo à SEDH decidir, por meio de manifestação formal fundamentada, sobre a impossibilidade de atendimento às exigências estabelecidas pela presente Lei.

Art. 6º Nas contratações de obras e serviços, pelos órgãos da Administração Direta e entidades da Administração Indireta do Poder Executivo Estadual/Municipal, bem como nas contratações e demais parcerias cujos recursos são decorrentes de execução de convênios firmados com estes órgãos e entidades estaduais/municipals, o contratado ou parceiro do Estado/Município fica obrigado a efetivar a contratação de mão de obra, necessária à execução da obra ou serviço, formada por mulheres vítimas de violência doméstica, no percentual de 10% (dez por cento) da mão de obra total para a execução do objeto contratual.

§ 1º Nos editais de licitação ou outros instrumentos convocatórios e nos instrumentos de contratos convênios e demais parcerias administrativas, deverá constar a obrigação do cumprimento dos termos desta Lei, especialmente em relação aos percentuais de contratação de mão de obra previstos no *caput* deste artigo.

§ 2º A obrigatoriedade de contratação de mão de obra formada por mulheres vítimas de violência doméstica, previstas no *caput* deste artigo, se estende a todas as parcerias administrativas firmadas pela Administração Pública estadual/municipal com a iniciativa privada, inclusive as parcerias com o terceiro setor, desde que se tenha a necessidade de contratação de mão de obra para a execução dos serviços inerentes às parcerias administrativas firmadas com o Estado/Município.

§ 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual/Municipal deverão absorver a mão de obra de mulheres vítimas de violência doméstica em atividades desenvolvidas diretamente pelo próprio Estado/Município, por meio de acordo de cooperação técnica a ser celebrado com a SEDH.

Art. 7º O atraso na formalização da contratação da mão de obra mencionada, por culpa exclusiva do contratante ou da SEDH, não ensejará qualquer gravame à mulher vítima de violência doméstica.

Parágrafo único. O não cumprimento desta obrigação, por parte do contratado, uma vez esgotadas as necessárias medidas saneadoras, poderá importar em rescisão do contrato firmado com a Administração Pública, com as consequências previstas na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, enquanto vigorar, e na Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021, bem como as demais normas de parcerias administrativas e regulamentos aplicáveis.

Art. 8º Para fins de verificação da efetividade no cumprimento da presente Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual/Municipal enviarão, por meio eletrônico, semestralmente, à SEDH, a relação das parcerias firmadas e do correspondente quantitativo de mulheres vítimas de violência doméstica que foram efetivamente contratadas por intermédio dessas parcerias.

Parágrafo único. O Estado/Município poderá firmar parcerias, acordos de cooperação técnica e convênios com entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, inclusive entidades do terceiro setor, visando à indicação das mulheres vítimas de violência doméstica, pelas aludidas entidades, para a

absorção de mão de obra feminina nos contratos públicos disciplinados por esta Lei.

Art. 9º Observada e respeitada a autonomia constitucional do Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e do Tribunal de Contas do Estado, os mencionados órgãos poderão fomentar a contratação de mulheres vítimas de violência doméstica nos relevantes serviços públicos que prestam à sociedade, observado o marco jurídico previsto nesta Lei, sem prejuízo da edição de atos normativos próprios, específicos e adequados à realidade prática dos citados órgãos e da celebração de parcerias com o Poder Executivo Estadual/Municipal, visando a cooperação técnica e o apoio na implementação e alcance dos objetivos fixados no aludido marco jurídico.

Art. 10 Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (noventa) dias de sua publicação oficial, prazo em que será regulamentada por Decreto do Chefe do Poder Executivo Estadual/Municipal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou analisar e demonstrar a constitucionalidade de lei disciplinadora da absorção da mão de mulheres vítimas de violência doméstica nos contratos públicos e demais parcerias administrativas dos Estados e Municípios, a partir de lei específica, estadual ou municipal, disciplinando os limites, possibilidades e condições para a garantia do direito fundamental ao trabalho ora examinado.

A medida legal, como se pretendeu demonstrar, além de densificar diretamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concretiza a diretriz mundial atrelada a necessidade de empoderamento das mulheres brasileiras, de modo a dar cumprimento aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, fixados pela Organização das Nações Unidas para os anos 2015-2030 (ODS), em especial os ODS 1 (Erradicação da Pobreza), 5 (Igualdade de Gênero) e 10 (Redução das Desigualdades) (ONU, 2015). Em outros termos, a medida tem o potencial de efetivar

o papel essencial do Estado na proteção e promoção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência doméstica.

Além disso, o tratamento legal da política pública em análise retira eventual possibilidade de alegação no sentido da discricionariedade administrativa na execução da medida administrativa ora analisado, transmutando-se em política pública de trabalho de Estado e, não, de um governo de plantão, a partir da opção político-legislativa compartilhada entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, o que justifica, também sob essa ótica, o tratamento legal da matéria.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 327, tradução de Ivone Castilho Benedetti.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade Igual: O que é e por que importa**. História Real. Edição do Kindle, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.655/2018**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>.Acesso em 20 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 06 agosto 2021.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo e SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Exame da constitucionalidade dos gastos públicos com medicamentos sem eficácia científica comprovada: o uso da cloroquina e da hidroxicloroquina para o tratamento do coronavírus no Brasil. **Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**. Organizadores Robinson Tramontina, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Bruno Lorenzetto. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020, p. 265-294.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo e SOUSA, Diana Brandão Maia Mendes de. Dignidade íntima: esse é o tipo de questão que ainda precisamos discutir? Disponível em:https://www.agazeta.com.br/colunas/elda-bussinguer/dignidade-intima-esse-e-o-tipo-de-questao-que-ainda-precisamos-discutir-0721.Acesso em 29 jul. 2021.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo e SOUSA, Diana Brandão Maia Mendes de. **Dignidade íntima, políticas públicas e o direito fundamental à saúde das jovens em idade menstrual:** uma proposta normativa para Estados e Municípios, 2021 (prelo).

CALVO, Néstor Javier. Aproximaciones Conceptuales Al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. **El Desafío de los derechos económicos, sociales y culturales**. Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal (Coordinadores). FB Editora: Fortaleza 2019, p. 219-236.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. I, p. 199.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Almedina: Coimbra, 1998.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Véras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu>. Acesso em 08 jul. 2021.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia: Sobre a Observância das Limitações Circunstanciais Implícitas. BAHIA, Saulo José Casali (Coord.). **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus**. 1 ed.. São Paulo: Editora IASP, 2020, p. 17-29.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídico-econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo** - Vitória: PGE-ES, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010, p. 179-244.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos rumos das parcerias do estado para muito além da proposta economicamente mais vantajosa: a licitação, o contrato e o convênio como instrumentos do fomento ao desenvolvimento socioeconômico estadual e o exame da juridicidade da fixação nos editais de licitações para obras e serviços da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por adolescentes e jovens em situação de conflito com a lei. **Revista**

da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo - Vitória: PGE-ES, v.12, n.12,– 50, jan./jun. 2012, p. 85-133.

SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

10. CASO LEGIÃO URBANA: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DO ABUSO DO DIREITO MARCÁRIO

LEGIÃO URBANA CASE: A CRITICAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF ABUSE OF THE TRADEMARK LAW

https://doi.org/10.36592/9786581110642-10

Martina Gaudie Ley Recena[1]

Fábio Siebeneichler de Andrade[2]

RESUMO

O presente trabalho consiste em uma análise do caso Legião Urbana, em que se determinou a abstenção da empresa titular da marca Legião Urbana de impedir o uso que vinham fazendo. Após julgamento em primeiro grau em favor dos ex-integrantes, com trânsito em julgado, a empresa detentora da marca ingressou com ação rescisória, sendo mantida a sentença originária na íntegra. A discussão envolve o direito marcário e a exclusividade de utilização que lhe é intrínseca de um lado e o fim econômico e social desse direito subjetivo de outro. As decisões proferidas no processo invocam a função social da propriedade, o direito de acesso ao patrimônio artístico e cultural, direitos autorais e direitos de personalidade; contudo a abordagem procedida foi breve, de modo que se optou por enfocar a análise sob o ponto de vista do abuso do direito, que reflete o fim social e econômico imposto às marcas pela Constituição Federal. Resumidos o caso e suas decisões e feito uma breve explanação sobre o direito marcário, ingressou-se na definição de abuso de direito para ao final, concordar-se com o resultado da decisão, apesar de se posicionar por uma necessidade de maior técnica na fundamentação.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso de direito. Marcas. Interesse social. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

The present work consists of an analysis of the Legião Urbana case, where the former members of the homonymous band aimed to abstain the company that owns the Legião Urbana trademark from preventing their use of it. After a judgment in the first degree in favor of the former members, with final and unappealable decision, the company that owns the trademark filed a rescission action, and the original sentence was maintained in full. The discussion involves the trademark law and the exclusivity of use that is intrinsic to it, on the one hand, and the economic and social end of this

[1] Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação. Especialista em Direito Empresarial pela UniRitter.Bolsista CAPES e Advogada atuante na área de Propriedade Intelectual.

[2] Professor titular de Direito Civil da Escola de Direito da PUC-RS; Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RS; Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg – Alemanha; advogado

subjective right, on the other. The decisions rendered in the process invoke the social function of property, the right of access to artistic and cultural heritage, copyright and personality rights, however the approach taken was very brief, so it was decided to focus the analysis on the point of view of the abuse of rights, which reflects the social and economic purpose imposed on trademarks by the Federal Constitution. After summarizing the case and its decisions and making a brief explanation about the trademark law, the definition of abuse of rights was entered in order to finally agree with the result of the decision, despite taking a stand for a need for more technical reasoning.
KEYWORDS: Rights abuse. Trademark. Social interest. Economic development

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma sintética análise de tema atual do direito privado nacional, objeto de julgamento no Recurso Especial nº 1.860.630, pelo Superior Tribunal de Justiça: "Caso Legião Urbana". Tendo como base a discussão sobre matéria de direito de marca, a questão, conforme se pretende demonstrar, versa sobre matéria relevante do direito civil, a partir do estabelecimento de restrição ao uso de direito subjetivo para o titular da marca Legião Urbana.

Sistematicamente, o artigo está divido em duas partes com dois subcapítulos. A primeira versa sobre a apresentação do caso sob análise; no primeiro subcapítulo apresentou-se os argumentos que lastrearam a ação originária, iniciando-se pelos contidos na inicial, passando-se pela réplica e concluindo-se com a sentença, o segundo subcapítulo versou sobre a ação rescisória, apresentando-se também todos os argumentos que fundamentaram as razões de ambas as partes, bem como apresentando-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, ao final, pelo Superior Tribunal de Justiça.

No segundo capítulo teceu-se uma análise crítica sobre o caso. Para tanto, o primeiro subcapítulo foi destinado a apresentar, brevemente, pontos essenciais do direito marcário; no segundo subcapítulo, apontou-se a figura do abuso do direito com enfoque no cumprimento do fim econômico e social do direito marcário, como fundamento subjacente para a decisão proferida ao final pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobressai em vinculação aos temas acima indicadas, a vinculação do assunto escolhido com matérias de status constitucional, seja no âmbito da própria noção de

marca, como também no que concerne ao ponto examinado na segunda parte: vislumbra-se aqui a presença do valor da solidariedade, tema essencial na arquitetura da Constituição Federal e na sua vinculação com o direito privado contemporâneo.

1. CASO LEGIÃO URBANA

1.1. Síntese da Ação Originária

Em 2013, Eduardo Dutra Villa-lobos (Dado Villa-lobos) e Marcelo Bonfá (Bonfá), ex-integrantes da banda chamada "Legião Urbana", com posta também por Renato Manfredini Jr (Renato Russo), ingressaram com Ação Declaratória, Cominatória e Indenizatória em face de Legião Urbana Produções Artísticas Ltda, administrada por um dos herdeiros de Renato Russo, o Sr. Giuliano Manfredini, tombada sob o nº 0239202- 41.2013.8.19.0001. A ação objetivava a obtenção de declaração judicial de cotitularidade da marca "Legião Urbana", a condenação da ré a parar de impedir que os autores utilizem a marca e condenação em perdas e danos.

Cumpre esclarecer que o grupo musical possuía 04 (quatro) empresas em que todos eram sócios, com diferentes participações em cada. Assim, a empresa Legião Urbana Produções Artísticas Ltda, possuía Renato Russo como sócio majoritário; Legião Produções Artísticas Ltda, Bonfá como majoritário; ZOTZ Produções Artísticas Ltda, Dado; e Urbana Produções Artísticas Ltda, Renato Rocha (integrante temporário da banda).

No mesmo ano de criação das empresas, foram depositados os pedidos de registro da marca "Legião Urbana" em nome da empresa ré do processo, Legião Urbana Produções Artísticas Ltda. Ainda em 1987, Bonfá e Dado Villa-Lobos decidiram retirar- se das empresas que eram sócios minoritários, mas permaneceram integrando a banda em questão.

Com o óbito de Renato Russo em 1996, Bonfá e Dado Villa-Lobos suspenderam as atividades da banda por tempo indeterminado. Após alguns anos, os ex-integrantes passaram a ser convidados para a realização de shows e eventos

em homenagem a banda Legião Urbana, dos quais diversos não se concretizaram frente a proibição da empesa ré

de utilização da marca “Legião Urbana". Os autores da ação foram, inclusive, notificados para deixarem de utilizar a marca em questão em seus websites e páginas sociais.

Como fundamento da ação, os autores alegaram desvio de finalidade da marca, violação do direito autoral de Dado e Bonfá e abuso do direito marcário. Alegaram a existência de desvio de finalidade da marca pois a sua finalidade é identificar adequadamente produto ou serviço, para que não haja um aproveitamento indevido da fama de terceiros, nem confusão pelo consumidor. No caso, a utilização da marca pelos ex-integrante da banda que foram quem ajudou a atribuir a notoriedade que ela possui não causaria nenhuma confusão ao consumidor, muito pelo contrário, identificaria corretamente o serviço, bem como não se aproveitaria da fama de terceiros, uma vez que a fama foi criada pelos autores da ação.

A tese de violação de direito autoral, fundamenta-se na alegação de que a expressão “Legião Urbana" é protegida por direito autoral, cuja titularidade é dos ex-integrantes, que ajudaram a cria-la, existindo proibição expressa de registro como marca de títulos protegidos por direito autoral, salvo consentimento do autor ou titular. Portanto, só autorizaram o registro, porque acreditavam que poderiam utilizá-la livremente, o que ocorreu até o óbito de Renato Russo.

Quanto ao abuso de direito marcário, sustentaram que a ré utilizava a marca em estrita observância à lei, mas em violação ao seu espírito, uma vez que aos autores está sendo negado o direito de utilizar a marca que identifica o legado artístico da Legião Urbana, que pertence aos três membros do grupo.

Em preliminar na contestação, foi alegada impossibilidade jurídica do pedido, pois o ordenamento brasileiro não prevê a possibilidade de cotitularidade de marca e a incompetência do juízo, pois o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) deveria ser parte na ação, o que leva a competência absoluta à Justiça Federal.

No mérito, a empresa Legião Urbana Produções Artísticas Ltda sustentou que os ex-integrantes se retiraram da sociedade, tendo sido devidamente adquiridas as suas quotas sociais, bem como a falta de zelo perpetrada por eles, uma vez que

jamais controlaram o uso indevido da marca por terceiros, nem pagaram qualquer custo com sua manutenção.

A sentença julgou procedente a ação condenando a empresa Legião Urbana Produções Artísticas Ltda a se abster de impedir que os autores façam uso da marca "Legião Urbana", no exercício de sua atividade profissional, sob pena de multa de R$50.000,00 (cinquenta mil reais), incidente sobre cada ato de descumprimento.

A decisão em questão fundamentou-se na função social da propriedade, não podendo o titular da marca impedir que aqueles que atribuíram a fama à marca a utilizem; difusão da cultura, pois a banda em questão é um ícone do rock brasileiro e, portanto integrante da cultura brasileira, assim ao impedir que os ex-integrantes da banda atrelem o nome Legião Urbana aos seus shows está restringindo o acesso das demais gerações à banda e consequentemente prejudicam a disseminação da cultura brasileira.

Por fim, a decisão destacou a necessidade de não se apegar uma questão formal, qual seja, o registro perante o INPI, pois a sua inobservância decorreu de um claro desapego ao formalismo e falta de experiência em gerir economicamente a expressão. Nenhuma das partes interpôs recurso, vindo a decisão a transitar em julgado.

1.2. Ação Rescisória

Em 2016 a empresa Legião Urbana Produções Artísticas Ltda ingressou com Ação Rescisória em face de Eduardo Dutra Villa-Lobos (Dado Villa-lobos) e Marcelo Augusto Bonfá (Bonfá). A ação fundamentou-se na tese de violação manifesta de norma jurídica (artigo 966 do CPC), uma vez que teria havido afronta aos artigos 129, 139 e 140 da Lei 9.279/96.

O artigo 129 prevê que a aquisição da propriedade da marca corre com o registro validamente expedido, assegurando ao titular o seu uso exclusivo no território nacional. O artigo 139 e 140 preveem a possibilidade de licenciamento da marca, com o direito de controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos produtos ou serviços pelo seu titular, devendo o contrato de licença

ser averbado perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para produzir efeitos perante terceiros.

A ação também teve como fundamento os artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil (CPC), que preveem que o juiz decidirá a lide nos limites em que proposta, não podendo conhecer de questões não alegadas, que exigem iniciativa da parte, bem como não pode proferir sentença de natureza diversa da pedida, nem condenar o réu em quantidade superior ou em objetivo diverso do que lhe foi demandado.

No caso concreto, a empresa defendeu que a tese de impossibilidade jurídica do pedido deveria ter sido acolhida, em razão da impossibilidade legal de cotitularidade de registro, ou ter sido declarada a incompetência absoluta da Justiça Estadual, frente a necessidade de participação do INPI, o que invoca a competência para Justiça Federal. Por fim, foi também defendida a tese de nulidade da decisão por julgamento diverso do pedido, uma vez que o que foi requerido foi o reconhecimento da cotitularidade da marca e não a possibilidade de sua utilização.

Em contestação, Dado Villa-lobos e Bonfá afirmaram que foram apresentados três pedidos ao juízo, (i) declaratório, declaração de cotitularidade da marca; (ii) cominatório, condenação da empresa em abster-se de impedi-los de utilizar a marca; e (iii) indenizatório, condenando a empresa em perdas e danos. Sustentaram que houve pedido expresso para que a Legião Urbana Produções Artísticas Ltda se abstivesse de obstar o uso da marca pelos autores, o que não exige a participação do INPI, estando a decisão de acordo com o pedido, sendo competente a Justiça Estadual para julgar o caso.

Por se tratar de Ação Rescisória de sentença, a ação foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). O acordão proferido negou provimento a ação, reconhecendo a competência da Justiça Estadual para julgar o caso, uma vez que não houve uma impugnação ao ato do INPI propriamente dito, bem como que houve pedido alternativo quanto a possibilidade de utilização da marca, que foi concedido pelo juízo, não havendo, portanto, julgamento extra petita.

Na ocasião, foi referido que o Manual de Marcas do INPI admite a propriedade compartilhada ou copropriedade por intermédio de contrato particular, estabelecendo critérios e condições, bem como que a Convenção de Paris (CUP),

internalizada pelos Decretos 635/1992 e 1.263/1994 preveem a possibilidade de copropriedade. Destacou-se que a intenção da legislação é a de prevalecer o interesse daquele que contribuiu para a concepção, formação e desenvolvimento da marca em detrimento daquele que a registrou. Irresignada, a Legião Urbana Promoções Artísticas Ltda ingressou com Recurso Especial, tombado sob o nº 1.860.630. A Ministra relatora Dra. Maria Isabel Gallotti, acompanhada pelo Min. Luiz Felipe Salomão, foi voto vencido. Em seu voto, entendeu por dar provimento ao recurso, rescindindo a sentença em questão, uma vez que compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que os autores busquem a declaração de cotitlaridade de marca registrada.

A Ministra relatora entendeu que mesmo que Bonfá e Dado Villa-lobos não pretendessem a nulidade do ato de registro, na prática, a decisão rescindenda atribuiu aos recorridos a cotitularidade da marca; efeito que decorreria de ato administrativo, que caso possível, seria de competência do INPI. Decidiu que uma vez vigente o registro da marca no INPI, não se pode impedir que seu titular dela faça uso com a exclusividade que o registro lhe confere, tendo a decisão rescindenda limitado e modulado aspectos inerentes ao direito de propriedade, uma vez que obrigou o seu proprietário a tolerar o uso por terceiros, sem contraprestação, controle ou limitação temporal.

Por fim, com base em precedentes da Corte, entendeu que a banda musical não se confunde com os seus integrantes, tendo os ex-integrantes se desvinculado da empresa titular da marca em 1987. Referiu, também, que não há um direito social de participar ou assistir a novas apresentações da banda Legião Urbana, porque esta não existe mais desde o óbito do vocalista Renato Russo, em 1996.

Em voto-vista, o Min. Antonio Carlos Ferreira, acompanhado pelo Min. Raul Araújo, entendeu por negar provimento ao recurso, mantendo a sentença, pois seria desnecessária a participação do INPI em processo que envolvem somente interesses particulares, sem repercussão direta no registro marcário. Reconheceram se tratar de uma espécie de licenciamento compulsório só que mais restrito, porque os ex-integrantes da banda somente podem utilizar a marca no exercício de sua atividade profissional.

O Ministro Antonio Carlos Ferreira entendeu não se tratar de decisão extra petita porque o provimento jurisdicional foi exarado nos limites do pedido, que deve ser interpretado de forma lógica e sistemática a partir de toda a petição inicial. Na ocasião, foi decidido que não houve violação literal da norma jurídica, tendo a decisão sopesado os princípios da função social da propriedade e disseminação da cultura nacional. Destacou-se que a marca objetiva distinguir produto ou serviço de outro de origem diversa e que no caso em análise a origem é a mesma, pois seria utilizada por aqueles que sempre foram os membros do grupo musical e que a manutenção do uso exclusivo da marca com a empresa poderia resultar em enriquecimento sem causa.

O Voto-desempate foi proferido pelo Ministro Marco Buzzi, segundo o qual não houve flagrante violação a norma jurídica, mas sim sopesamento entre direitos autorais, direitos de personalidade, direito ao patrimônio artístico e cultural, bem como a função social da propriedade. Entendeu que a decisão não possui efeitos sobre o registro da marca, que permanece sob a exclusividade da empresa, motivo pelo qual o INPI não precisa integrar a lide, reconhecendo a competência da Justiça Estadual.

Foi entendido que a marca "Legião Urbana" está profundamente enraizada na vida pessoal e profissional dos ex-integrantes, identificando sua carreira profissional, não se podendo ignorar que a banda em questão é parte do patrimônio artístico e cultural do Brasil. Por fim, foi reconhecida a prática de abuso de direito por parte da empresa Legião Urbana Produções Artísticas, sendo cabível a mitigação da exclusividade do uso da marca e a consequente concessão de uma espécie de licença compulsória.

Assim, o Recurso Especial nº 1.860.630 não foi acolhido, mantendo a decisão de improcedência da Ação Rescisória proposta contra a sentença proferida nos autos da ação nº 0239202-41.2013.8.19.0001.

2. REFLEXÕES SOBRE A RESTRIÇÃO ESTABELECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CASO LEGIÃO URBANA

2.1. Perspectivas gerais sobre o Direito Marcário Brasileiro

Para alguns doutrinadores o direito marcário como é conhecido e aplicado atualmente advém da Idade Média, enquanto para outros seria tão antigo quanto o mundo Romano[3]. Essa percepção decorre da identificação em diversos objetos históricos de seus criadores ou proprietários; o mesmo é depreendido de antigos escritos encontrados, referindo-se a marcação de gado, por exemplo, o que demonstra uma tendência natural do ser humano de marcar objetos de sua propriedade ou identificar suas criações[4].

É uníssono o entendimento de que o direito marcário possui uma função dúplice, pois ao mesmo tempo em que objetiva proteger o investimento do empresário, garante ao consumidor a possibilidade de discernir os diferentes produtos e suas respectivas qualidades[5]. Desse modo, a marca está diretamente ligada a liberdade de concorrer de terceiros, uma vez que a restringe, fundamentando-se nos princípios éticos de repressão à concorrência desleal[6].

Sua relação com direito concorrencial é tamanha que em diversos artigos da Lei 9.279/96 há a vedação expressa a possibilidade de causar confusão ou associação com sinais distintivos de terceiros. Como exemplo pode-se citar o artigo 124, inciso V que prevê como não registrável como marca "reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos;".

---

[3] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial.** 2ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1982. p. 750.
[4] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial.** 2ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1982. p. 751.
[5] BARBOSA, Denis Borges. **Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. EditoraLumen Juris, licenciado CC-BY-NC-ND, 2010. p. 698.
[6] SCHMIDT, Lélio Denicoli. **A distintividade das marcas:** *secondary meaning,* vulgarização e teoria da distância. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47.

Há três tipos de sistema jurídico de reconhecimento marcário: o atributivo, o declarativo e o misto. No sistema atributivo (*first to file*), a propriedade da marca é conferida ao primeiro que a registrou, ou seja, o registro atribui a propriedade sobre a marca, enquanto no sistema declarativo (*first to use*), o registro somente declara uma situação pré-existente, prevalecendo, portanto, a propriedade da marca com quem a utilizou primeiramente. Por fim, o sistema misto reconhece os dois tipos de proteção supra referidos[7].

Na doutrina, encontram-se posições no sentido de o Brasil adotar um sistema atributivo[8]; para uma outra corrente, entende-se que há a adoção de um sistema atributivo flexibilizado[9]; para o Superior Tribunal de Justiça o sistema adotado é o atributivo mitigado (exemplificativamente: RESP 1.494.306/RJ) e, segundo o Manual de Marcas do INPI, o Brasil adota um sistema atributivo de propriedade marcaria, mas ressalva o direito do usuário anterior de boa-fé[10].

Os quatro posicionamentos indicados consideram que o sistema brasileiro é atributivo, mas admitem uma flexibilidade, o que ocorre em razão do disposto no artigo 129 e seu parágrafo primeiro. Referido dispositivo prevê que a propriedade da marca se dá com o seu registro validamente expedido, mas que toda pessoa que, de boa-fé, na data do depósito do registro, usava no País, há pelo menos 06 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para identificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

Como se depreende do referido artigo e do artigo 123, I da LPI, a marca diferencia produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins. Estes dispositivos consagram o referido princípio da especialidade[11]. O registro da marca confere ao seu titular o direito de uso exclusivo no território nacional, bem como a possibilidade de cedê-lo, licenciá-lo e zelar pela sua integridade material ou reputação (artigo 129 e 130). Assim, o registro concedido confere a exclusividade de utilização de

---

[7] SCUDELER, Marcelo Augusto. **Do Direito das Marcas e da Propriedade Industrial.** São Paulo: Servanda Editora, 2013. p.67-68.
[8] BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. **Propriedade Industrial & Constituição:** As teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira. Porto Alegre: Livrariado Advogado Editora, 2007. p. 105.
[9] SCUDELER, Marcelo Augusto. **Do Direito das Marcas e da Propriedade Industrial.** São Paulo: Servanda Editora, 2013 p.68.l
[10] BRASIL, Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Manual de Marcas. 4ª ed, 2021, item 2.4.3.
[11] SCUDELER, Marcelo Augusto. **Do Direito das Marcas e da Propriedade Industrial.** São Paulo: Servanda Editora, 2013, p.87.

determinada marca em um dado segmento mercadológico, normalmente identificado pela classe em que a marca foi registrada, conforme a Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice.

Esse direito de exclusividade pode ser flexibilizado conforme disposição das partes envolvidas, por intermédio de "acordo de convivência/acordo de coexistência" ou "carta de consentimento/expressa autorização". O acordo de convivência consiste em instrumento firmado entre os detentores de sinais distintivos, estando pelo menos um já registrado, semelhantes ou idênticos, para identificar produto semelhante ou afim, em que se estabelece a possibilidade de convivência, prevendo período de validade do acordo, regiões de atuação etc[12].

A "carta de consentimento/expressa autorização" consiste na autorização emanada de um titular de uma marca à um terceiro permitindo a utilização da marca supostamente colidente ou, até mesmo, do registro desta; a ocorrência deste último caso é mais comum quando se trata de empresas do mesmo grupo econômico[13].

Note-se que com base no princípio da autonomia privada é possível relativizar a exclusividade conferida pelo registro marcário, permitindo uma cotitularidade extra- registral de marca. Cumpre destacar que a partir de 2019 passou a ser permitida a cotitularidade do registro, por intermédio da Resolução INPI/PR nº245/2019, o que somente foi implementado efetivamente em 15/09/2020[14]. Portanto, quando concedido o registro da marca "Legião Urbana" e quando se ingressou com ação declaratória, cominatória e indenizatória e posteriormente com a rescisória não era possível a mesma marca registrada possuir, no registro, dois titulares, sendo viável o seu acordo no âmbito contratual.

---

[12] DIAS, José Carlos Vaz e; SANT'ANNA, Leonardo da Silva; e PEREIRA, Renata Ribeiro. **Perspectivas Teóricas e Práticas da Validade e Eficácia dos Acordo de Convivência no Sistema Marcário**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, nº 36, 2019. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/48338/32276. Acesso em 28 nov. 2021. p.278-279.

[13] DIAS, José Carlos Vaz e; SANT'ANNA, Leonardo da Silva; e PEREIRA, Renata Ribeiro. **Perspectivas Teóricas e Práticas da Validade e Eficácia dos Acordo de Convivência no Sistema Marcário**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, nº 36, 2019. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/48338/32276. Acesso em 28 nov. 2021, p.278.

[14] BRASIL, Instituto Nacional da Propriedade Intelectual. **Cotitularidade em marcasterá início em 15/09**. Publicado em 08 de meio de 2020.

Contudo, essa relativização da exclusividade sofre um controle pelo próprio INPI, que, em casos de pedido de registro da marca supostamente colidente, utilizará o acordo de convivência ou a carta de consentimento como um subsídio ao exame do pedido de registro, não sendo, portanto, vinculante ao INPI[15]. Isso se dá em razão do interesse público de proteção ao consumidor, que pode vir a ser lesado com a semelhança ou identidade entre os sinais[16].

No caso sob análise, a propriedade da marca "Legião Urbana" era de Legião Urbana Produções Artísticas Ltda., tendo sido flexibilizado o seu direito de utilização exclusiva para permitir a utilização, somente para fins profissionais, de Bonfá e Dado Villa-lobos. Como explicitado anteriormente, o direito de exclusividade pode ser mitigado mediante a assinatura de "acordo de convivência/acordo de coexistência" ou "carta de consentimento/expressa autorização" ou, então, pela forma clássica de licenciamento.

No caso em questão, não houve, porém, nenhum acordo entre as partes, sendo judicialmente restringido o direito de exclusividade, para fins profissionais, sem um fundamento atinente exclusivamente à propriedade industrial.

Cumpre, portanto, na parte a seguir examinar o fundamento jurídico em que se considera assentada a imposição de tolerar o uso da marca devidamente registrada por terceiro.

2.2. O Abuso de Direito como instrumento de restrição ao exercício das faculdades da marca e expressão do dever de solidariedade

A decisão sob análise teve, no âmbito da matéria, como um de seus fundamentos perceptíveis o reconhecimento de um abuso de direito, que conforme previsão expressa no Código Civil brasileiro (artigo 187) consiste em exercício de direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou

[15] BRASIL, Instituto Nacional da Propriedade Industrial. **Manual de Marcas**. 4ª ed, 2021, item 5.17.
[16] SICHEL, Ricardo. Do Acordo de Convivência de Marcas. Revista da EMARF, Especialde Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, v. 1, p. 55-62, mar. 2011. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2F emarf.trf2.jus.br%2Fsite%2Fdocumentos%2Frevistapropind2.pdf&clen=1217225&chu nk=true. Acesso em 28 nov. 2021. P.68-69.

social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Uma das evoluções do Código civil de 2002 consistiu na superação da concepção presente no Código Civil de 1916, em que não havia o reconhecimento objetivo da possibilidade de abuso do direito pelo seu titular, doutrina estabelecida preponderantemente no direito francês, no início do século XX[17].

No direito brasileiro atual, o abuso do direito situa-se na parte geral da codificação civil, tendo a qualificação inequívoca de ato ilícito, no indicado artigo 187, sendo, para o fim do presente texto, ociosa a questão sobre o seu fundamento[18].

De todo modo, atualmente, para se avaliar a existência de um abuso de direito, deve-se, prima facie, identificar o fim econômico ou social do direito subjetivo[19]. Ora, em se tratando da matéria sob exame, a Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso XXIX vincula a propriedade das marcas ao interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. Desse modo, em essência, é possível vislumbrar que a finalidade das marcas não reside apenas em tutelar o eventual interesse individual do seu titular: há que se identificar também se está presente outros valores, como os acima indicados, identificados pela Constituição Federal.

Além disso, necessário pontuar que, contrariamente a outras figuras como o desenho industrial, as marcas são o único instituto da propriedade intelectual ao qual a Constituição Federal confere expressamente essa qualidade. Nesse contexto, é certo que seu exercício deve-se ater, também, à função social da propriedade.

Como é possível depreender da lei de propriedade industrial (Lei 9.279/96), há nesse diploma legal uma preocupação com a tutela do consumidor e a concorrência entre os agentes privados. Ao mesmo tempo, diversos dispositivos evidenciam as diferentes funções marcárias, dentre elas a identitária, a distintiva, a divulgadora e a de lealdade da concorrência[20].

Para o âmbito do presente trabalho, cumpre ressaltar a função distintiva, extraída do artigo 123, inciso I da Le 9.279/96, na medida em que ali se prevê que a

---

[17] JOSSERAND, L. **De l'esprit des droits et de leur relativité**. Paris, 2a ed. Paris, 1939, p. 398.
[18] MARCACINI, **O Abuso do Direito.** Dissertação: PUCSP, 20062006, p. 44 ss.
[19] CHAVES, Marcelos Luz. Notas sobre o abuso do direito de propriedade: Da teoria do abuso do direito ao exercício abusivo do domínio. **Revista de direito de Viçosa**, v.12, n.02, 2020, p. 12ss.
[20] MORAES, Maria de. **Marcas:** Função, princípios e classificação. **Revista dos Tribunais Online** vol 1004/2019, p.63-82, jun./2019 2019, p.3- 5).

marca é utilizada "para distinguir produto ou serviço". Ou seja, seu objetivo é que uma vez experienciado positivamente um produto ou serviço de determinada marca, o consumidor possa diferenciá-lo, visualmente, dos produtos e serviços de outra. Desta função distintiva decorre o requisito da originalidade ou distintividade no direito marcário, tema ao qual se alude sem a necessidade de discorrer a respeito no presente texto.

A ausência desta distintividade acarretaria uma violação da função de leal concorrência ou econômica, pois em uma relação de livre concorrência, sem a necessária distintividade, o consumidor de bens ou serviços poderia incidir em equívoco: ao invés de adquirir o produto cogitado, terminaria adquirindo o de um concorrente.

Tendo em vistas estas premissas, há que se considerar que as funções de identificação de origem/identitária, distintiva e de econômica/leal concorrência não são violadas com a utilização da marca pelos ex-integrantes da banda.

Cumpre pontuar que a marca "Legião Urbana" teve sua origem na banda musical e que objetiva, ainda nos dias atuais, identificar a referida banda, que foi composta por Bonfá, Dado Villa-lobos e Renato Russo. Assim, a utilização da marca em questão por estes ou pela empresa detentora não acarretará uma falsa designação de origem; muito pelo contrário, a marca em questão ainda está atrelada a imagem dos ex-integrantes.

A função distintiva também não é violada no caso, pois tem como objetivo distinguir produtos ou serviços de marcas diferentes. No caso sob análise o serviço de espetáculos artísticos e musicais só pode ser prestado pelos ex-integrantes, de modo que não há produto ou serviço diferente. Inclusive as músicas disponibilizadas (produto) são as mesmas, com copropriedade dos direitos autorais.

Assim, resgatando o ponto de vista inicial exposto acima, observa-se que o exercício do direito de propriedade marcária, em detrimento dos músicos originários remanescentes, configuraria, no caso sob análise, uma situação de abuso de direito. Em especial, o argumento de que o titular da marca não é músico, não se apresenta em espetáculos musicais ou shows reforça a circunstância que a sua pretensão de exercer exclusivamente a marca também nessa atribuição da propriedade ultrapassa

qualquer finalidade útil do direito subjetivo – questão já pacificada na doutrina contemporânea relacionada ao tema[21].

Muito embora se possa reconhecer que no meio musical seguidamente ocorre a substituição dos integrantes de um conjunto, ou banda, musical, de sorte que se poderia vislumbrar a prevalência do conjunto sobre o indivíduo, o certo é que essa não é a situação na espécie. Nesse sentido, o argumento contido em um dos votos vencidos não prevalece sobre a percepção de que a pretensão do titular formal da marca configura uma situação que viola o disposto no § 2º do artigo 1.228, do Código civil: são vedados ao proprietário os atos que não lhe trazem qualquer utilidade ou comodidade, a par de prejudicar a outrem.

Há que se considerar, ainda, que mesmo a função econômica - de leal concorrência - também não é violada pela utilização da marca pelos seus ex-integrantes, na medida em que não há no caso uma relação de concorrência propriamente dita entre as partes. Deve-se ter claro que a marca identifica a banda e suas composições musicais, estando estas em copropriedade entre os ex-integrantes da banda. Assim, todos recebem direitos autorais com a utilização das músicas. Além disso, na hipótese de a marca ser utilizada para identificar os ex-integrantes em suas atividades profissionais de shows, não há concorrência, mas sim uma contínua valorização desta.

Estas funções traduzem-se como os meios necessários para se atingir ao fim econômico e social das marcas, protegendo-se ao mesmo tempo o consumidor e o empresário. Desse modo, o interesse social e o desenvolvimento econômico insculpidos como os objetivos das marcas são atingidos, protegendo-se o consumidor e a livre concorrência.

Por fim, *last but not least*, muito embora se possa reputar que a matéria encontre sustentação no direito civil positivado, em face da invocação de figuras clássicas como o abuso do direito, seja na sua acepção é certo que a solução dada à matéria também se vincula à percepção civil constitucional, na medida em que a atribuição do uso da marca pelos músicos originários, fundadores da banda legião

[21] Ver, por exemplo, GENTILI, Aurélio. A Propósito de "Il Diritto Soggetivo, in **Rivista di Diritto Civile**, p. 351, 2004; RUSSO, Ennio. Il Concetto di Diritto Soggettivo, in Rivista di Diritto Civile, p. 1, in **Supplemento Annuale di Studi e Ricerche**, 2008, Cedam, p. 30.

urbana, constitui para o titular formal o exercício de um dever de solidariedade[22], valor inequivocamente estabelecido na Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O presente texto teve como premissa a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no denominado 'Caso Legião Urbana'. Pretendeu-se, sinteticamente, tendo em vista sua singularidade e relevância para os estudos concernentes à matéria, tanto na esfera privada em geral como na referente ao tema específico da propriedade intelectual, propor uma singela reflexão sobre a diretriz traçada pela Corte especial.

Tendo em vista as diversas circunstâncias procedimentais referentes ao caso, envolvendo diversas instâncias judiciais, reputou-se necessário pontuar essas questões à primeira parte, em que se relatou o desenvolvimento tanto da ação originária quanto da ação rescisória.

Em essência, após elaborar um sintético panorama dos principais tópicos do direito marcário, como o sistema adotado e suas principais funções, cumpria tecer uma visão crítica da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que ela, em uma primeira percepção, iria de encontro à atribuição formal de propriedade constituída ao titular da marca o direito de exclusiva e formas de acordo sobre cotitularidade, e o segundo destinado a apresentação breve do instituto do abuso de direito, com a interrelação com os fins de interesse social e desenvolvimento econômico impostos pela Constituição Federal às marcas.

No âmbito do presente trabalho, muito embora a acuidade das visões contidas nos votos vencidos, reputa-se que a decisão majoritária foi acertada. Prima facie, sublinha-se aqui a existência de um abuso de direito por parte do titular formal da marca Legião Urbana ao pretender impedir o seu exercício pelos músicos originários do grupo. Observa-se a presença de um elemento emulativo na conduta do titular, conduta abusiva que na atual concepção do direito privado não é autorizada.

Na esfera do direito marcário, conforme se pretendeu igualmente demonstrar,

[22] Sobre o tema ver por todos RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà – un'utopia necessária**. Bari: Editora Laterza, 2015, p. 1 ss.

a solução identificada pela Corte especial também se harmoniza com seus princípios gerais, tendo em vista o seu fim econômico e social, em que se reconhece a importância do consumidor e da concorrência.

Ademais, a decisão proferida ancora-se em um inequívoco valor constitucional: trata-se de atender à solidariedade, na medida em que se pode concluir que o direito de exclusividade previsto no artigo 129 da Lei 9679/96, invocado pela Legião Urbana Produções Artísticas, não pode ser compreendido como absoluto. Muito pelo contrário, deve, como medida excepcional, ser flexibilizado quando seu fim econômico ou social não está sendo atingido diante dos legítimos interesses dos criadores do reconhecido grupo musical.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Denis Borges. Introdução à Propriedade Intelectual. 2ª ed. Editora Lumen Juris, licenciado CC-BY-NC-ND, 2010.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Propriedade Industrial & Constituição: As teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BRASIL, Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Manual de Marcas. 4ª ed, 2021.

BRASIL, Lei 9.279/96. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Publicada em 15 de maio de 1996.

BRASIL, Instituto Nacional da Propriedade Intelectual. Cotitularidade em marcas terá início em 15/09. Publicado em 08 de meio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO MARCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. COTITULARIDADE DE MARCA. PEDIDO NÃO EXAMINADO. MERA AUTORIZAÇÃO. USO LIMITADO. CONTROVÉRSIA ENTRE PARTICULARES. INTERESSE DO INPI. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PROVIMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. RESCISÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não é necessária a participação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI em processos nos quais a controvérsia envolva apenas interesses particulares, sem que exista pedido de declaração de nulidade ou qualquer outra repercussão direta no registro da marca. Em tais casos, a competência para o julgamento da demanda é da Justiça Estadual, distanciando-se da hipótese prevista

no art. 175 da Lei Federal n. 9.279/1996 e do art. 109, I, da CF/1988. Precedentes do STJ. (...) 5. Recurso especial a que se nega provimento. Rel. Maria Isabel Gallotti, Relator para Acodrdão Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 29/06/2021, publicado no DJ em 04/10/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO OSTULANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO REGISTRO DA MARCA MISTA "YPÊ". PROPRIEDADE INDUSTRIAL. QUALIDADE DA INTERVENÇÃO DO INPI NO CASO CONCRETO. COLIDÊNCIA ENTRE NOME EMPRESARIAL (PRECEDENTE) E MARCA. (...) 2. A atual Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) adotou o sistema atributivo mitigado da propriedade marcária, estabelecendo a necessidade de registro como regra, mas atribuindo "direito de precedência" ao utente de boa-fé, consoante se extrai do artigo 129. (...). Recurso especial não provido. REsp 1494306/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2019, publicado no DJe em 18 de dezembro de 2019.

CABRAL, André Luiz Cavalcanti. Criatividade Marcácia como Vetor da Responsabilidade Civil Empresarial nas Cadeiras de Fornecimento de Bens. UFPB: João Pessoa, 2016.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. 2ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1982.

CHAVES, Marcelos Luz. Notas sobre o abuso do direito de propriedade: Da teoria do abuso do direito ao exercício abusivo do domínio. Revista de direito de Viçosa, v.12, n.02, 2020.

DIAS, José Carlos Vaz e; SANT'ANNA, Leonardo da Silva; e PEREIRA, Renata Ribeiro. Perspectivas Teóricas e Práticas da Validade e Eficácia dos Acordo de Convivência no Sistema Marcário. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, nº 36, 2019. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/48338/32276. Acesso em 28 nov. 2021.

GENTILI, Aurélio. A Propósito de "Il Diritto Soggetivo. Rivista di Diritto Civile, 2004, vol. 50 .

HOLLANDA, Alessandra Almad. de et al. Acordos de convivência em marcas no Brasil: um breve estudo de caso. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro, a. 19, n. 19, 2014. Disponível em: https://www.candidomendes.edu.br/wpcontent/uploads/2019/05/RevistaFDCM-Ucam19.pdf. Acesso em: 28 nov. 2021.

JOSSERAND, L. De l'esprit des droits et de leur relativité. Paris, 2a ed. Paris, Dalloz, 1939.
MARCACINI, Daniela Tavares Rosa. O Abuso do Direito. Dissertação: PUCSP, 2006.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. Marcas: Função, princípios e classificação. In.: Revista dos Tribunais Online vol 1004/2019, p.63-82, jun./2019.

RODOTÀ, Stefano. Solidarietà – un'utopia necessária. Bari: Editora Laterza, 2015.

RUSSO, Ennio. Il Concetto di Diritto Soggettivo. Rivista di Diritto Civile, in Supplemento Annuale di Studi e Ricerche, 2008, Cedam.

SCHMIDT, Lélio Denicoli. A distintividade das marcas: secondary meaning, vulgarização e teoria da distância. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCUDELER, Marcelo Augusto. Do Direito das Marcas e da Propriedade Industrial. São Paulo: Servanda Editora, 2013.

SICHEL, Ricardo. Do Acordo de Convivência de Marcas. Revista da EMARF, Especial de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, v. 1, p. 55-62, mar. 2011. Disponível em: chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2F emarf.trf2.jus.br%2Fsite%2Fdocumentos%2Frevistapropind2.pdf&clen=1217225&chu nk=true. Acesso em 28 nov. 2021.

11. ANÁLISE ÉTICA E SOB ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS ACERCA DO EMPREGO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CENÁRIO DO DIAGNÓSTICO MÉDICO

ETHICAL ANALYSIS UNDER THE FOCUS OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS ABOUT THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE SCENARIO OF MEDICAL DIAGNOSIS

https://doi.org/10.36592/9786581110642-11

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet[1]

Rodrigo Mambrini Sandoval Barbosa[2]

Resumo

A inteligência artificial baseada no *deep learning* está sendo cada vez mais utilizada no processo de diagnóstico médico de doenças, auxiliando no diagnóstico de diversos tipos de câncer e até mesmo no diagnóstico da Covid-19. Essa tecnologia atualmente apresenta características ou potenciais características singulares. Em razão dos atributos ou potenciais atributos que lhe são próprios, a IA aplicada ao diagnóstico médico tem o potencial de gerar inúmeros benefícios ou riscos, promovendo ou inviabilizando a concretização dos direitos humanos e fundamentais. A verificação e construção de princípios éticos que devem ser observados durante o desenvolvimento e uso da inteligência artificial empregada na análise diagnóstica de doenças tem a capacidade de salvaguardar os direitos humanos e fundamentais. Desse modo, o presente trabalho abordará, mediante emprego de metodologia de natureza exploratória e bibliográfica algumas das características controversas da IA aplicada na análise diagnóstica, os benefícios e aspectos controversos desta aplicação e, por fim, os dilemas e ditames éticos relacionados com a aplicação da IA no processo de diagnóstico no cenário brasileiro. Para tanto, foi realizada uma revisão crítica da literatura nas áreas da ética, da saúde, do Direito e da inteligência artificial.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Direitos humanos e fundamentais: ética; saúde; diagnóstico médico

---

[1]. Advogada. Graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg(UNIA- Alemanha). Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo(Alemanha) e pela PUCRS. Especialista em Neurociências e ciências do comportamento pela PUCRS. Professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito na Escola de Direito da PUCRS. E-mail: gabriellebezerrasales@gmail.com

[2] Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS. Mestrando em Direito pela PUCRS. E-mail: rodrigomsb@live.com

Abstract

The artificial intelligence based on deep learning is increasingly being used in the medical diagnosis process, helping to diagnose different types of cancer and even Covid-19. This technology currently has unique characteristics or potential characteristics. Due to its attributes or potential attributes, the application of AI in medical diagnosis may bring both benefits and risks, either promoting or impeding the realization of human and fundamental rights. The verification and construction of ethical principles that must be observed during the development and use of AI in the diagnostic analysis of diseases has the capacity to safeguard human and fundamental rights. Thus, the present work will address, through the use of exploratory and bibliographic methodology, some of the controversial characteristics of AI applied in diagnostic analysis, the benefits and controversial aspects of this application and, finally, the dilemmas and ethical dictates related to the application of AI in the process diagnosis in the Brazilian scenario. Therefore, a critical review of the literature in the areas of ethics, health, law and artificial intelligence was carried out.
Keywords: Artificial intelligence; Human and fundamental rights: ethics; health; medical diagnostic.

1 INTRODUÇÃO

> A Inteligência Artificial – *"[...] um sistema algorítmico adaptável, relativamente autônomo, emulatório da decisão humana"* [3] - está sendo cada vez mais uttilizada nos mais diversos setores da sociedade. Há, de qualquer sorte, uma expectativa de que tal tecnologia seja capaz de criar riquezas, melhorar a qualidade de vida das pessoas e, de fato, servir para a concretização dos direitos humanos e fundamentais[4].

No tocante à medicina, a Inteligência Artificial (doravante IA) está sendo utilizada com deleite, sobretudo para contribuir diretamente ou indiretamente no processo de diagnóstico médico. Alguns dos desenvolvimentos mais recentes

[3] FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 30.

[4] BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Portaria MCTI nº 4.979, de 13 de julho de 2021. [Altera o Anexo da Portaria MCTI nº 4.617, de 6 de abril de 2021, que Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos]. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 13 de julho de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_portaria_mcti_4-979_2021_anexo1.pdf . Acesso em: 25 ago. 2021.

envolvem as IAs capazes de diagnosticar, v.g., pneumonia causada pelo SARS-CoV-2 e diferenciá-la de outros tipos comuns de pneumonia[5]; diferentes tipos de doenças de pele[6]; doenças de ouvido[7] ; doenças oculares[8] e; câncer de pulmão[9].

No Brasil o desenvolvimento e a utilização de módulos de IA para o diagnóstico de doenças já é uma realidade. Dentre as IAs diagnósticas desenvolvidas e/ou utilizadas no Brasil destacam-se aquelas que: são capazes de diagnosticar melanomas[10] com uma potencial precisão de 86% de acerto[11]; auxiliar no diagnóstico ultra precoce do câncer de pulmão[12] e; até mesmo ajudar no combate à pandemia do novo coronavírus ao determinar a probabilidade de contaminação pelo SARS-CoV-2 a partir da análise de exames de raio-X e tomografias de tórax[13].

De modo geral, existem módulos de IA que são capazes de exercer funções mais ou menos complexas. As IAs aplicadas para diagnóstico médico são geralmente tecnologias capazes de exercer funções mais complexas, baseadas no

---

[5] ZHANG, Kang et al. Clinically applicable AI system for accurate diagnosis, quantitative measurements, and prognosis of COVID-19 pneumonia using computed tomography. Cell, v. 181, n. 6, p. 1423-1433. e11, 2020. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0092867420305511 Acesso em: 26 ago. 2021.

[6] LIU, Yuan et al. A deep learning system for differential diagnosis of skin diseases. Nature medicine, v. 26, n. 6, p. 900-908, 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41591%E2%80%90020%E2%80%900842%E2%80%903 Acesso em: 26 ago. 2021.

[7] CHA, Dongchul et al. Automated diagnosis of ear disease using ensemble deep learning with a big otoendoscopy image database. EBioMedicine, v. 45, p. 606-614, 2019. Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/ebiom/article/PIIS2352-3964(19)30431-1/fulltext#secst0005 Acesso em: 26 ago. 2021.

[8] TING, Daniel Shu Wei et al. Development and validation of a deep learning system for diabetic retinopathy and related eye diseases using retinal images from multiethnic populations with diabetes. Jama, v. 318, n. 22, p. 2211-2223, 2017. Disponível em: https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/2665775 Acesso em: 26 ago. 2021.

[9] ROSO, Larissa. Inteligência artificial auxilia no diagnóstico ultraprecoce de câncer de pulmão. GaúchaZH. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2021/07/inteligencia-artificial-auxilia-no-diagnostico-ultraprecoce-de-cancer-de-pulmao-ckrqnyhf3006e0193nah5xa7i.html Acesso em: 01 out. 2021.

[10] O Melanoma é um tipo de câncer de pele.

[11] COLL, Liana. Software pode diagnosticar câncer de pele com precisão de 86%. Jornal da Unicamp. Disponível em: https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2020/01/20/software-pode-diagnosticar-cancer-de-pele-com-precisao-de-86 Acesso em: 27 out. 2021.

[12] ROSO, Larissa. Inteligência artificial auxilia no diagnóstico ultraprecoce de câncer de pulmão. GaúchaZH. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2021/07/inteligencia-artificial-auxilia-no-diagnostico-ultraprecoce-de-cancer-de-pulmao-ckrqnyhf3006e0193nah5xa7i.html Acesso em: 01 out. 2021.

[13] MECIONI, Darlene. Como a inteligência artificial ajudou o Hospital das Clínicas na luta contra o coronavírus. Época Negócios. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2020/09/como-inteligencia-artificial-ajudou-o-hospital-das-clinicas-na-luta-contra-o-coronavirus.html Acesso em: 27 out 2021.

machine learning. Os sistemas de IA baseados no *machine learning* (ou aprendizado da máquina) são capazes de examinar, de fazer correspondências e de encontrar padrões a partir de dados não estruturados[14] – ou seja – têm a capacidade de literalmente aprender com os dados que lhe são fornecidos. Trata-se de algoritmos que traçam novas modalidades de inferências e de cálculos probabilísticos e, nesse sentido, afirma-se que aprendem em razão do seu grau mais acentuado de autonomia.

A utilização de módulos de inteligência artificial para a análise diagnóstica pode trazer inúmeros benefícios para a manutenção da qualidade de vida e para manter e acrescer o bem-estar dos pacientes, como a redução do tempo de diagnóstico e a maior taxa de acerto da terapêutica a ser aplicada. Ou seja, essa tecnologia pode contribuir para a redução de erros de diagnóstico por meio de maior acurácia e, assim, estaria apta a proteger mais pacientes de danos evitáveis.

No Brasil – onde pacientes do Sistema Único de Saúde aguardam até duzentos dias pelo diagnóstico de algumas doenças [15] e ocorrem erros de diagnóstico tanto na saúde pública, quanto na saúde privada – a IA aplicada no suporte diagnóstico revela-se pertinente. Não obstante, existem diversas peculiaridades que tangenciam os empregos irreflexivos dessa tecnologia que fazem emergir questionamentos ético-jurídicos quanto a sua forma de aplicação na análise diagnóstica, tornando ainda nebulosa a análise/reflexão acerca de sua repercussão técnica e social em relação à paleta de direitos e de garantias.

O presente trabalho abordará, mediante emprego de metodologia de natureza exploratória e bibliográfica algumas das características controversas da IA aplicada na análise diagnóstica, os benefícios e aspectos controversos desta aplicação e, por fim, os dilemas e ditames éticos relacionados com a aplicação da IA no processo de

[14] GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de *accountability*. In: FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito.* 2ª ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 81-94. p. 83.

[15] Nesse sentido, em 2019 uma auditoria do TCU constatou que pacientes do SUS aguardam até 200 dias pelo diagnóstico de câncer e que cerca de 56% dos pacientes do SUS recebem a confirmação do diagnóstico de câncer quando a doença já está muito desenvolvida – reduzindo as possibilidades de cura. Paciente com câncer espera até 200 dias por diagnóstico no SUS, diz TCU. G1, 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/cancer/noticia/2019/09/10/paciente-com-cancer-espera-ate-200-dias-por-diagnostico-no-sus-diz-tcu.ghtml Acesso em: 02 nov 2021.

diagnóstico no cenário brasileiro. Para tanto, foi realizada uma revisão crítica da literatura nas áreas da ética, da saúde, do Direito e da inteligência artificial. Os principais achados foram compilados e discutidos no presente trabalho.

2 CARACTERÍSTICAS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA À ANÁLISE DIAGNÓSTICA

A IA aplicada na análise diagnóstica, por suas características e/ou potenciais características, se relaciona com diversos direitos fundamentais e/ou humanos[16] dentre os quais destacam-se os direitos à saúde, à vida, à proteção de dados, à identidade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Nesse sentido, diagnósticos realizados com auxílio de módulos de IA altamente precisas e ágeis viabilizam a diminuição do tempo para diagnóstico e proporcionam a redução de erros, o que pode ser crucial para a manutenção da vida, da integridade física e psíquica e, de modo geral, da saúde do paciente.

Por outro lado, a IA aplicada na análise diagnóstica nem sempre será precisa e, assim, poderá gerar equívocos, colocando em risco a vida, a integridade física e psíquica e, inclusive, a saúde do paciente. Além disso, a inteligência artificial aplicada na análise diagnóstica se utiliza de muitos dados pessoais - como exames de imagem e prontuários - que podem ser violados em caso de tratamento inadequado dos dados pessoais armazenados ou utilizados por esses sistemas inteligentes. Os achaques e danos podem ser múltiplos, sendo inclusive possível alcançar elementos que perfazem a esfera da privacidade contextual.

Algumas das características ou potenciais características da IA utilizada na análise diagnóstica podem ser determinantes tanto para fomentar a concretização/afirmação quanto para adensar as desigualdades e, em nesse giro,

[16] Ingo Sarlet aponta a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos: *[...] o termo "direitos fundamentais" se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e postiviados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal."* SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021. p. 306.

adensar a violação dos direitos humanos e fundamentais. Dentre essas características da IA, destaca-se a opacidade que pode ser traduzida por inexplicabilidade e ininterpretabilidade. A análise de algumas dessas características dos sistemas maquínicos constitui tarefa inolvidável para uma melhor compreensão da relação entre o direito à inovação e ao desenvolvimento e as formas de utilização da IA diagnóstica com os pilares dos direitos humanos e fundamentais.

2.1 INEXPLICABILIDADE E ININTERPRETABILIDADE

A maior parte dos módulos de IA utilizados na área médica atualmente são uma espécie de caixa-preta[17] - inclusive aqueles utilizados para análise diagnóstica. Com isso, quer-se dizer que não é possível compreender ou explicar de forma apropriada como estes módulos de inteligência artificial chegam até a solução por si proposta. Na seara da análise diagnóstica, por exemplo, a IA irá propor o diagnóstico (solução), mas não será possível compreender ou explicar, de fato, como e porque a IA propôs aquele determinado diagnóstico (solução). A inexplicabilidade da IA diagnóstica pode dificultar a adoção dessa tecnologia por médicos e demais profissionais da área da saúde, vez que ora são objeto de transferência de dados para outros países, inclusive, ora causam uma insegurança no manejo e em relação às consequências. Assim, sistemas de IA atualmente podem propor o diagnóstico de doenças de pele[18] ou até mesmo de doenças oculares[19], mas não é possível compreender os motivos da decisão algorítmica de modo a refazer e auditar o caminho e, dessa forma, rastrear seus passos.

[17] SCHWEIKART, Scott J. Who Will Be Liable for Medical Malpractice in the Future? How the Use of Artificial Intelligence in Medicine Will Shape Medical Tort Law. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, v. 22, n. 2, p. 1, 2021. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=mjlst Acesso em 27 ago. 2021.

[18] LIU, Yuan et al. A deep learning system for differential diagnosis of skin diseases. Nature medicine, v. 26, n. 6, p. 900-908, 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41591%E2%80%90020%E2%80%900842%E2%80%903 Acesso em: 26 ago. 2021.

[19] CHA, Dongchul et al. Automated diagnosis of ear disease using ensemble deep learning with a big otoendoscopy image database. EBioMedicine, v. 45, p. 606-614, 2019. Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/ebiom/article/PIIS2352-3964(19)30431-1/fulltext#secst0005 Acesso em: 26 ago. 2021.

Destaca-se que essa característica de caixa-preta está relacionada com a complexidade tecnológica das IAs utilizadas na área médica. Geralmente os módulos de IA aplicados na área médica são baseados no *deep learning*, um tipo de *machine learning*[20] caracterizado por ser mais complexo, de performance superior[21], níveis altos de acurácia, caracterizando-se, por vezes, também por ausência de explicabilidade e interpretabilidade.

Portanto, pode-se concluir que - de uma maneira geral - os módulos de IA aplicados na análise diagnóstica são ininterpretáveis e inexplicáveis, uma vez que não é possível compreender o raciocínio da IA para a proposição do diagnóstico. Dessa constatação emerge necessariamente a questão do desalinhamento da situação atual com a paleta de direitos humanos e fundamentais em vigor, em especial o direito à transparência que, em síntese, se encontra em umbilical sintonia com o da explicação.

2.2 PRECISÃO

Outra possível característica dos módulos de IA aplicados na análise diagnóstica é a alta taxa de precisão do diagnóstico. Atualmente diversas iniciativas sugerem que a IA terá, ou talvez já tenha um excelente poder de diagnóstico para diversas doenças[22], demonstrando níveis de acurácia outrora nunca observados.

Nesse sentido, a partir da análise de tomografias computadorizadas, uma IA foi capaz de diferenciar pneumonia causada por coronavírus de outros tipos de

[20] SCHWEIKART, Scott J. Who Will Be Liable for Medical Malpractice in the Future? How the Use of Artificial Intelligence in Medicine Will Shape Medical Tort Law. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, v. 22, n. 2, p. 1, 2021. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=mjlst Acesso em 27 ago. 2021.

[21] MIOTTO, Riccardo et al. Deep learning for healthcare: review, opportunities and challenges. Briefings in bioinformatics, v. 19, n. 6, p. 1236-1246, 2018. Disponível em: https://academic.oup.com/bib/article/19/6/1236/3800524 Acesso em 27 ago. 2021.

[22] FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian; PINEAU, Joelle. When AIs outperform doctors: confronting the challenges of a tort-induced over-reliance on machine learning. Ariz. L. Rev., v. 61, p. 33, 2019. Disponível em: https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1678&context=fac_articles Acesso em: 29 ago. 2021. p. 39.

pneumonias e do grupo de controle com acurácia de 92,49%[23]. Outro exemplo emblemático é a IA que – mediante milhões de imagens de ecocardiografia – consegue realizar o diagnóstico de doenças cardíacas coronarianas com acurácia de cerca de 90%[24]. Alguns módulos de IA já demonstraram ter um desempenho de acerto de diagnóstico superior a uma grande parte dos médicos clínicos, sendo comparável ao de médicos especialistas[25], o que corrobora o alto grau de precisão diagnóstica que as IAs podem ter.

Contudo, é importante ressaltar que a precisão é uma característica que não é intrínseca à IA aplicada na análise diagnóstica, tendo em vista que a IA depende de fatores externos para alcançar resultados de excelência. Dois destes fatores são a necessidade da IA ser alimentada por uma grande quantidade de dados de qualidade[26].

Isso se dá pois *"[...] os dados são o combustível da IA"*[27], e, no caso dos módulos de IA baseados no *machine learning*, é fundamental que estes sejam abastecidos com uma quantidade significativa de combustível de qualidade para o adequado processo de aprendizado da máquina, que é o que permitirá que os módulos de IA obtenham resultados precisos.

Em rigor, o emprego de IA está diretamente vinculado à quantidade e à qualidade dos dados. Além disso, importa relembrar que os dados não estruturados ainda são a grande maioria dos coletados e, por óbvio, ainda não podem ser tratados

---

[23] ZHANG, Kang et al. Clinically applicable AI system for accurate diagnosis, quantitative measurements, and prognosis of COVID-19 pneumonia using computed tomography. Cell, v. 181, n. 6, p. 1423-1433. e11, 2020. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0092867420305511 Acesso em: 26 ago. 2021.

[24] NOGAROLI, R.; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. (Org.). Debates contemporâneos em direito médico e da saúde. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1, p. 69-92. p. 73.

[25] SHEN, Jiayi et al. Artificial intelligence versus clinicians in disease diagnosis: systematic review. JMIR medical informatics, v. 7, n. 3, p. e10010, 2019. Disponível em: https://medinform.jmir.org/2019/3/e10010/?utm_source=TrendMD&utm_medium=cpc&utm_campaign=JMIR_TrendMD_0 Acesso em: 31 ago. 2021.

[26] NOGAROLI, R.; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. (Org.). Debates contemporâneos em direito médico e da saúde. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1, p. 69-92. p. 73.

[27] NOGAROLI, R.; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. (Org.). Debates contemporâneos em direito médico e da saúde. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1, p. 69-92. p. 72.

por IA qualquer. A questão do *design* do sistema, bem como da escolha dos dados que servirão de *inputs* se tornam de extrema relevância nessa altura, sobretudo para evitar o comprometimento da legitimidade e da precisão do resultado.

Oportuno adicionar que para um alto nível de acerto é que os dados utilizados para o aprendizado da máquina sejam adequados ao perfil de saúde da população em que a IA será aplicada, ou seja, os dados devem ser efetivamente representativos quanto às particularidades e à diversidade. Explica-se: diferentes populações possuem diferentes perfis de saúde e, se um módulo de IA aprende com dados que não são adequados à população a qual a IA será utilizada, os resultados da IA poderão ser insatisfatórios[28] e totalmente imprecisos e excludentes.

Observa-se que a taxa de precisão de IA está diretamente relacionada com os dados utilizados para o aprendizado da máquina e, sobretudo, ao tipo de solução tecnológica que se emprega. Portanto, a precisão é potencial característica na medida em que módulos de IA aplicados na análise diagnóstica poderão apresentar se treinados com uma vasta quantidade de dados adequados e de qualidade.

Interessa mencionar que, populações como a brasileira que se destaca pela complexidade e alta diversidade, devem ser analisadas com mais cuidado e esmero, principalmente em relação ao perigo de se perpetrar equívocos e até mesmo injustiças algorítmicas.

2.3 AGILIDADE

A terceira possível característica relacionada com a aplicação da IA na análise diagnóstica é a agilidade com que ela pode realizar os diagnósticos. Embora a agilidade na análise diagnóstica não seja uma característica intrínseca da IA, esse é um atributo que geralmente é atribuída a essa tecnologia.

A agilidade da IA viabiliza o diagnóstico precoce de doenças, que por muitas vezes é determinante para salvar vidas e preservar a saúde do paciente, além de

[28] SCHWEIKART, Scott J. Who Will Be Liable for Medical Malpractice in the Future? How the Use of Artificial Intelligence in Medicine Will Shape Medical Tort Law. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, v. 22, n. 2, p. 1, 2021. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=mjlst Acesso em 27 ago. 2021. p. 9.

trazer outros possíveis benefícios como os relacionados à natureza disruptiva. No âmbito da pandemia da COVID-19, e.g., foram desenvolvidos módulos de IA capazes de diagnosticar os pacientes rapidamente[29], em especial quando combinados com o uso de nuvens.

É importante frisar que a identificação precoce da doença causada pelo Sars-CoV-2 é crucial tanto para um melhor atendimento individual do paciente (com a rápida implementação do tratamento da doença e acompanhamento da sintomatologia) quanto para a saúde pública em geral (tendo em vista que o ágil diagnóstico permite que seja procedido o adequado isolamento do paciente e, consequentemente, contribui para a contenção do vírus)[30].

A propósito, relembra-se que a eficiência, enquanto princípio diretamente aplicado ao poder público, deve ser regiamente buscada, inclusive na saúde privada. O que se observa é que ela não pode ser almejada a despeito de outros elementos, direitos e princípios que são essenciais na relação de cuidado, principalmente em razão da vulnerabilidade do paciente, tendo que ser alinhavada com os deveres de cuidado, com a dignidade, com a privacidade, com a confidencialidade e, em grifo atualizado pela entrada em vigor da Lei geral de proteção de dados pessoais e a aprovação da PEC 17, com a proteção de dados no sentido não somente individual, mas, igualmente em relação ao contexto.

---

[29] Nesse sentido, podemos citar os seguintes estudos dentre os diversos que objetivaram desenvolver módulos de IA precisos e rápidos: ZHANG, Kang et al. Clinically applicable AI system for accurate diagnosis, quantitative measurements, and prognosis of COVID-19 pneumonia using computed tomography. Cell, v. 181, n. 6, p. 1423-1433. e11, 2020. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0092867420305511 Acesso em: 26 ago. 2021 e MEI, Xueyan et al. Artificial intelligence–enabled rapid diagnosis of patients with COVID-19. Nature medicine, v. 26, n. 8, p. 1224-1228, 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41591-020-0931-3 Acesso em: 01 set. 2021. Destaca-se ainda que no contexto da pandemia do SARS-CoV-2 no Brasil também foram utilizados módulos de inteligência artificial para auxílio na análise diagnóstica da covid-19, como o sistema denominado RadVid-19, que é amparado em algoritmos da Siemens e Huawei. O RadVid-19 foi desenvolvido pelo Instituto de Radiologia da USP e foi gratuitamente colocado à disposição de hospitais privados e hospitais públicos (SUS). Não obstante os potenciais benefícios dessa tecnologia, muitas das instituições públicas de saúde que fazem parte do SUS se mostraram resistentes em aderir a essa iniciativa por motivos como o *"[...] desconhecimento sobre da plataforma, medo de invasão de hacker no sistema de informações até receio de parte dos radiologistas de que a tecnologia "tire" o emprego deles".* COLLUCCI, Cláudia. Diagnóstico grátis de Covid-19 por imagem é pouco acessado por hospitais do SUS. Folha de Sâo Paulo. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/07/diagnostico-gratis-de-covid-19-por-imagem-e-pouco-acessado-por-hospitais-do-sus.shtml Acesso em: 28 out. 2021.

[30] MEI, Xueyan et al. Artificial intelligence–enabled rapid diagnosis of patients with COVID-19. Nature medicine, v. 26, n. 8, p. 1224-1228, 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41591-020-0931-3 Acesso em: 01 set. 2021.

3 A IA APLICADA AO DIAGNÓSTICO MÉDICO, DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS HUMANOS E RISCOS

O uso de módulos de IA invariavelmente tangencia diversos direitos fundamentais [31] e direitos humanos [32], independentemente do setor o qual essa tecnologia é aplicada. Nesse sentido, pode-se afirmar que os módulos de IA baseados no aprendizado da máquina são capazes de apresentar soluções que geram ou são aptos a gerar: a) grandes benefícios [33], promovendo os direitos humanos [34] e direitos fundamentais [35] e/ou; b) grandes prejuízos, afetando negativamente e debilitando os direitos humanos[36] e fundamentais[37]. Ou seja, há, de qualquer sorte, uma paleta de externalidades que deve ser apreciada.

No âmbito da IA aplicada à análise diagnóstica pode-se destacar que essa tecnologia tem a capacidade de apresentar soluções que geram: a) benefícios terapêuticos [38] e, consequentemente, podem promover e concretizar o direito à saúde[39], à vida[40] e outros direitos humanos e direitos fundamentais e/ou; b) prejuízos, inclusive terapêuticos [41], e consequentemente, podem prejudicar e inviabilizar a

---

[31] Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf Acesso em 02 set. 2021.

[32] Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 53.

[33] FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 67.

[34] WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021. p. 17.

[35] Disponível em: https://op.europa.eu/s/sg0c Acesso em 09 set. 2021. p. 15.

[36] WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021. p. 17.

[37] Disponível em: https://op.europa.eu/s/sg0c Acesso em 09 set. 2021. p. 15.

[38] O diagnóstico precoce de doenças é um dos benefícios terapêuticos capazes de ser proporcionado a partir da IA aplicada na análise diagnóstica, como bem exemplificado por Juarez Freitas e Thomas Freitas. FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 67.

[39] Mais do que um direito fundamental, a saúde é também um dos inúmeros direitos humanos, tendo em vista que é previsto em Tratado Internacional, mais especificamente, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, nos termos do art. 49, I, da CF e ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

[40] O direito à vida é também um direito fundamental e humano. A sua previsão como direito humano se dá a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

[41] Além dos prejuízos terapêuticos (prejuízos que são relacionados com a ofensa ao direito à vida e direito à saúde), a aplicação da IA para a análise diagnóstica pode gerar outros prejuízos relacionados

concretização do direito à saúde, direito à vida, direito ao livre desenvolvimento da personalidade, direito à identidade, direito à privacidade e demais direitos humanos e fundamentais.

Alguns dos benefícios terapêuticos, não custa reafirmar, que podem ser alcançados com o uso da IA são, de fato, a detecção precoce de doenças e a precisão do diagnóstico. Nota-se que, com a detecção precoce da doença ou a precisão correta do diagnóstico é possível viabilizar a manutenção da vida e a integridade da saúde física e/ou mental do paciente e, além disso, há ganhos com relação ao tempo, à qualidade de vida e igualmente relacionados aos custos financeiros.

Por outro lado, o uso indiscriminado da IA para diagnóstico pode representar riscos ao paciente ou até mesmo a terceiros[42]. Um destes riscos é o erro de diagnóstico (falso positivo ou positivo negativo), que poderá resultar na não submissão do paciente ao tratamento adequado e/ou na submissão do paciente a tratamento inadequado.

Portanto, em razão dos potenciais riscos, a IA aplicada na análise diagnóstica pode trazer riscos/danos de caráter transnacional e, por vezes, transgeracionais para o ser humano[43], afetando todo um corolário de direitos fundamentais.

Aliás, diante destes riscos mais reais do que imaginários, embora atualmente a inteligência artificial tenha capacidade de apresentar resultados de diagnóstico similares ou até mesmo superiores aos médicos humanos de forma ágil, existe a concepção firmada de que o diagnóstico é um ato exclusivo do profissional da área da saúde competente[44].

---

com outros tipos de direitos fundamentais e humanos (como exemplo, podemos citar a violação de dados, que está relacionada intimamente com o direito à proteção de dados pessoais e direito à privacidade).

[42] Como por exemplo a violação de dados de terceiros utilizados pelo módulo de IA.

[43] Nesse sentido, Gabrielle Sarlet e Beatriz Mendes explicam que a saúde é considerada um direito humano por estar previsto em tratado internacional, mais especificamente o Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais de 1966. SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MENDES, Beatriz Lourenço. Novas tecnologias, divisão digital e o direito à saúde em tempos de COVID-19: perspectivas de gestão e de governança no Brasil. **Direito Público**, [S.l.], v. 17, n. 94, nov. 2020. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4473 Acesso em: 02 set. 2021.

[44] Destaca-se que o diagnóstico não é um ato exclusivamente médico. Outros profissionais da área da saúde podem realizar diagnóstico, como por exemplo o psicólogo, conforme dispõe o art. 13 §1º a) da lei nº 4.119/1962: *"§ 1º Constitui função privativa do Psicólogo e utilização de métodos e técnicas psicológicas com os seguintes objetivos: a) diagnóstico psicológico;"*. BRASIL. Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sôbre os cursos de formação em psicologia e regulamenta a

Ou seja, o diagnóstico é, sobretudo, uma decisão médica e consiste *"[...] na emissão de um juízo acerca do estado de saúde do paciente"*[45]. Isso quer dizer que a inteligência artificial não é desenvolvida para substituir os médicos/profissionais humanos, mas para auxiliar estes profissionais de saúde no processo de tomada de decisão[46].

Na realidade, a natureza da diagnose resguarda um sentido processual que, necessariamente, consiste na partilha e no diálogo, pressupondo a participação humana na percepção da enfermidade como um estado de adoecimento e, portanto, requer o apuro dos sentidos para algo além da sintomatologia. A atuação do profissional, de fato, se encontra baseada em relação de fidúcia e envolve as diversas faces da responsabilidade.

Tal paradigma parece ser cada vez mais adequado ao contexto atual, dadas as peculiares características da IA aplicada na análise diagnóstica. O que se quer dizer é que não parece razoável, tampouco seguro, delegar inteiramente a decisão diagnóstica para uma "máquina" sem consciência humana, que sequer é capaz de explicar a lógica da sua decisão e cuja precisão é variável a partir de externalidades, como por exemplo a qualidade e a quantidade de dados. A atuação do profissional de saúde envolve, destarte, uma ausculta refinada que transcende o saber técnico, carecendo de uma perspectiva conjuntural e histórica, sendo orientadora primordial para a correlação e para o processo de inferências a partir de dados.

Diante dos riscos aos direitos humanos e fundamentais e, nesse sentido, ao próprio ser humano que a IA pode oferecer, não basta apenas manter o médico no controle da decisão diagnóstica. É também necessária a construção de salvaguardas, ou seja, de princípios éticos que devem ser, desde a fase da

profissão de psicólogo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4119.htm Acesso em: 25 out. 2021.

[45] KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 97.

[46] Nesse sentido, Rodrigo da Guia Silva e Rafaella Nogaroli. NOGAROLI, R.; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI, Rafaella. (Org.). Debates contemporâneos em direito médico e da saúde. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1, p. 69-92. p. 73.

concepção, almejados e preferencialmente aplicados durante o processo de desenvolvimento e de utilização dos módulos maquinícos[47].

Atualmente já existem diversas iniciativas que visam identificar, explicar e, sobretudo, apontar princípios norteadores para o desenvolvimento e para o uso da IA em geral, embora a compreensão e a abordagem dos aspectos éticos relacionados à tecnologia da inteligência artificial ainda estejam em estágio embrionário em razão da sua complexidade e, inclusive, graças ao dissenso que persiste em relação aos ganhos e as externalidades negativas[48].

Algumas iniciativas, dentre outras, destacam-se, v.g.: a) a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, que tem como um de seus objetivos contribuir para a formulação de princípios éticos para uso e desenvolvimento da IA [49]; b) as Orientações Éticas para uma IA de Confiança[50], que, por sua vez, enumerou quatro princípios éticos que devem ser respeitados para o desenvolvimento, a implementação e a utilização responsável dos módulos de IA; c) o relatório Ética e Governança da Inteligência Artificial para a Saúde – da OMS – que prevê seis princípios éticos que visam orientar o desenvolvimento e uso da IA na área da saúde[51] e, por fim; d) a Recomendação do Conselho de da OCDE (Organização para a

[47] Em sentido similar Danilo Doneda, Laura Mendes, Carlos Souza e Norberto Andrade consideram que, sem a aplicação de parâmetros éticos ou legais, as soluções propostas pelos módulos de IA têm o potencial de violar direitos fundamentais: *"Percebe-se [...] o potencial de violação aos direitos fundamentais das decisões automatizadas quando tomadas sem o cumprimento de determinados parâmetros éticos e legais"*. MENDES, Laura Schertel ; Danilo Doneda ; Carlos Affonso Pereira de Souza ; ANDRADE, Norberto Nuno Martin Becerra Gomes. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, v. 23, p. 1-17, 2018. p. 4. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf Acesso em: 10 set. 2021.

[48] Siau, K., & Wang, W. (2020). Artificial Intelligence (AI) Ethics: Ethics of AI and Ethical AI. Journal of Database Management, vol. 31 nº 2. p. 74-87. p. 84.

[49] BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, julho de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_documento_referencia_4-979_2021.pdf Acesso em: 01 out. 2021.

[50] COMISSÃO EUROPEIA. Orientações éticas para uma IA de confiança. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1 Acesso em 01 out. 2021. Destaca-se que esse documento foi elaborado pelo grupo de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial (GPAN IA), que foi criado pela Comissão Europeia em 2018.

[51] WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021. p. 25.

cooperação e desenvolvimento econômico) sobre Inteligência Artificial[52], que prevê cinco princípios recomendáveis para a IA.

Urge adicionar que as iniciativas da OMS, GPAN-IA e OCDE somadas, apresentam quinze princípios diferentes, sendo que muitos destes princípios são, de fato, convergentes entre si[53]. Tal quantidade de princípios, de qualquer sorte, é capaz de sobrecarregar e confundir[54] os desenvolvedores, utilizadores e reguladores da IA.

Diante disso, é necessário reorganizar os princípios éticos da inteligência artificial, além de compreender a relação destes princípios éticos com os módulos aplicados especificamente à análise diagnóstica.

Interessa mencionar ainda que por derradeiro que a contribuição da filosofia dos valores no que concerne à ética diz respeito ao dever de cuidar do corpo humano como moradia última do *logos*. Com efeito, o ser humano perfaz-se em uma composição que vai além do comando cerebral em uma síntese fruto da artesania fina entre corpo, mente e meio ambiente.

4 PRINCÍPIOS ÉTICOS

Princípios éticos expressam uma certa consonância em torno de uma matéria e, no tocante ao tema em relevo, são declarações de dever ou de responsabilidade em relação ao desenvolvimento, à implementação e à avaliação contínua de módulos de IA[55], resguardando-se a centralidade humana em face dos algoritmos.

Os mandamentos éticos e jurídicos relacionados à IA podem ser compreendidos, em princípio, a partir de quatro pilares: respeito à autonomia humana, à transparência e à explicabilidade, à prevenção de danos e à promoção do bem-estar.

---

[52] OCDE. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. 21 mai. 2019. Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 Acesso em: 01 out. 2021.

[53] Por exemplo, o princípio da Garantia da transparência, explicabilidade e inteligibilidade previsto no documento da OMS converge com os princípios da Explicabilidade e Transparência e explicabilidade, previstos respectivamente nos documentos do GPAN-IA e OCDE.

[54] FLORIDI, Luciano. COWLS, Josh. A Unified Framework of Five Principles for AI in Society. *Harvard Data Science Review*, ed.1.1, 2019. Disponível em: https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/l0jsh9d1/release/7 Acesso em: 30 set. 2021.

[55] WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021. p. 23.

O *respeito à autonomia humana* é um princípio ético que está estreitamente relacionado com a dignidade da pessoa humana e com os direitos de liberdade[56]. A propósito, a autonomia se manifesta como uma espécie de alavanca arquimediana para o exercício de todos os direitos e garantias, sendo elementar ao funcionamento e à permanência do Estado democrático de Direito. Autonomia, em síntese, é a capacidade de se autogerir e, portanto, expressa e se embasa na liberdade em suas diversas modalidades, manifestando igualmente as possibilidades de imputação e de responsabilidade.

No contexto do desenvolvimento da IA de um modo geral, tal princípio dispõe que módulos de IA devem ser desenvolvidos para expandir, para acrescentar e para qualificar as habilidades cognitivas, sociais e culturais da pessoa, e não devem sujeitar, substituir, impor, manipular ou condicionar os seres humanos[57]. Dito de outro modo, a paridade entre os atores da relação diagnóstica deve ser preservada , inclusive quando se tem a utilização de algoritmos, a despeito de qualquer situação que envolva ou venha a envolver formas de autoritarismo, de paternalismo ou de assimetria informacional.

Em relação à IA aplicada na análise diagnóstica, tal princípio deve ser interpretado no sentido de que os humanos devem manter o controle e, desta feita, a autonomia sobre as decisões médicas[58]. Assim, os módulos de inteligência artificial *"[...] servem como uma ferramenta de apoio à tomada de decisão do médico, sem o condão de substituí-lo. Por isso, a decisão final sobre o diagnóstico seguirá sob o controle (e responsabilidade) do profissional da saúde."*.

Por sua vez, o *princípio da transparência e da explicabilidade* está intimamente relacionado com a necessidade de que os módulos de IA aplicados ao diagnóstico médico sejam plenamente confiáveis[59].

---

[56] COMISSÃO EUROPEIA. Orientações éticas para uma IA de confiança. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1 Acesso em 01 out. 2021. p. 14. Nota de rodapé 25

[57] COMISSÃO EUROPEIA. Orientações éticas para uma IA de confiança. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1 Acesso em 01 out. 2021. p. 14-15.

[58] WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021. p. 25.

[59] Em sentido similar, mas se referindo aos módulos de inteligência artificial em geral e não apenas àqueles aplicados a análise diagnóstica, o documento "Orientações Éticas para uma IA de Confiança"

Trata-se, nessa altura, de advertir e realçar que há uma relação de fidúcia que precisa ser mantida e, para tanto, deve-se fortalecer ambas as partes para que, mediante o emprego dos juízos maquínicos possam aferir as possibilidades, os riscos e os benefícios. Outro ponto inolvidável é o que toca à coleta e, por vezes, ao tratamento e à transferência indevida dos dados dos pacientes.

Aponta-se, dessa maneira, que, para ser plenamente confiável, não basta a comprovação de que o módulo de IA tenha uma performance quantitativamente relevante de decisões altamente precisas. Nesse sentido, é importante que os desenvolvedores e os utilizadores de módulos de IA forneçam as informações substanciais e relevantes sobre o sistema de IA.

Desse modo, merece grifo a atual necessidade de capacitação transdisciplinar dos profissionais de saúde inclusive no que se refere aos múltiplos direitos dos pacientes para que se resguardem e, de igual forma, prestem o atendimento tanto técnica quanto eticamente apropriado. Dentre os regulamentos de organizações e autoridades públicas, o que parece melhor definir os pressupostos dos princípios da transparência e da explicabilidade é a Recomendação do Conselho da OCDE sobre Inteligência Artificial:

> Os atores da IA devem se comprometer com a transparência e com a divulgação responsável em relação a sistemas de IA, fornecendo informações relevantes e condizentes com o estado da arte que permitam: (i) promover a compreensão geral sobre sistemas de IA; (ii) tornar as pessoas cientes quanto às suas interações com sistemas de IA; (ii) permitir que aqueles afetados por um sistema de IA compreendam os resultados produzidos; e (iv) permitir que aqueles adversamente afetados por um sistema de IA possam contestar seu resultado.[60]

No que tange à explicabilidade e à transparência relacionada à IA aplicada aos diagnósticos médicos, existe a especial preocupação em compreender e expressar em linguagem clara, adequada, suficiente e inequívoca quais as razões que levaram

---

aponta que o princípio da explicabilidade "[...] é crucial para criar e manter a confiança dos utilizadores nos sistemas de IA."

[60] OCDE. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. 21 mai. 2019. Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 Acesso em: 01 out. 2021.

o módulo de IA a recomendar determinada terapêutica e, em vista disso, qual foi o diagnóstico, ou seja, quais as razões que levaram ao módulo de IA a chegar à determinada conclusão. Para a compreensão dos motivos da decisão algorítmica, é necessário desvendar a sequência de passos lógicos tomados pelo módulo de IA[61] até chegar ao diagnóstico sugerido, bem como no que diz respeito aos dados que foram utilizados.

A percepção da complexidade da decisão envolve a participação ativa e cidadã tanto dos profissionais de saúde, dos pacientes quanto de todos que perfazem a cadeia de responsáveis.

Conforme apontado anteriormente, atualmente uma das características marcantes dos módulos de IA aplicados na análise diagnóstica é justamente a sua inexplicabilidade. Diante da problemática da inexplicabilidade de alguns módulos de IA mais complexos – como as tecnologias utilizadas para análise diagnóstica - surgiu um campo de pesquisa denominado *Explainable Artificial Intelligence*, ou XAI, que tem como objetivo possibilitar que as soluções apresentadas por módulos de IA possam ser melhor compreendidas por humanos[62].

O desenvolvimento da XAI indica uma segunda possível acepção do princípio da transparência e da explicabilidade, qual seja, de que a explicabilidade dos módulos de IA, inclusive aqueles utilizados para análise diagnóstica, deve ser um fim almejado por aqueles envolvidos no desenvolvimento e na utilização dessa tecnologia. Contudo, reitera-se que - não obstante os esforços de pesquisadores para o estudo e para o desenvolvimento de soluções que possam contribuir para a consecução desse fim almejado - o estado da arte dos módulos de IA mais complexos aplicados na análise diagnóstica é ainda fortemente marcado pela sua falta de explicabilidade.

Ainda em relação à compreensão dos motivos das decisões algorítmicas, o princípio da transparência e da explicabilidade parece ser melhor interpretado conforme dispõe a Recomendação do Conselho da OCDE sobre Inteligência Artificial:

---

[61] FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 79.

[62] GUNNING, David et al. XAI—Explainable artificial intelligence. Science Robotics, v. 4, n. 37, 2019. Disponível em: https://www.science.org/doi/10.1126/scirobotics.aay7120 Acesso em: 01 out. 2021. p. 2.

no sentido de que as obrigações de transparência exigidas - como o dever de fornecer informações relevantes sobre a IA - devem ser condizentes com o estado da arte dos módulos de IA[63].

Ou seja, levando-se em consideração o estado da arte relativo à tecnologia das IAs diagnósticas - que, de uma maneira geral é marcadamente "inexplicável" mas de performance potencialmente precisa - tais princípios devem ser entendidos como impositores de obrigações de transparência tangíveis[64], pois, caso contrário, estar-se-ia condenando, consequentemente, o efetivo desenvolvimento e a aplicação dessa tecnologia que tem grande potencial de reduzir erros médicos[65].

Diante disso, parece que o mais adequado é interpretar tal princípio em três sentidos: a) de que a plena confiança[66] sobre a IA aplicada na análise diagnóstica só será alcançada com o fornecimento de informações mínimas e relevantes que inclusive permitam compreender os passos lógicos tomados pelo módulo de IA[67] até chegar ao diagnóstico sugerido; b) é permitido o uso de IAs diagnósticas "inexplicáveis" se, em razão do estado da arte dessa tecnologia, não for possível a extração de informações que viabilizem a explicabilidade da mesma, e desde que tal tecnologia possa trazer benefícios reais para a sociedade ou para os indivíduos e; c) a explicabilidade da IA diagnóstica deve ser um fim almejado por aqueles envolvidos no desenvolvimento e na utilização dessa tecnologia para a consecução de uma IA diagnóstica plenamente confiável.

---

[63] Organizações e indivíduos que desempenham um papel ativo no ciclo de vida de IA devem se comprometer com a transparência e com a divulgação responsável em relação a sistemas de IA, fornecendo informações relevantes e condizentes com o estado da arte que permitam: (i) promover a compreensão geral sobre sistemas de IA; (ii) tornar as pessoas cientes quanto às suas interações com sistemas de IA; (ii) permitir que aqueles afetados por um sistema de IA compreendam os resultados produzidos; e (iv) permitir que aqueles adversamente afetados por um sistema de IA possam contestar seu resultado

[64] Ou seja, não podem ser impostas obrigações de transparência intangíveis em razão do estado da arte marcadamente inexplicável relativo à tecnologia comumente aplicada aos módulos de IA utilizados para análise diagnóstica.

[65] THOMAS, Shailin. Artificial Intelligence, Medical Malpractice, and the End of Defensive Medicine. Bill of Health, 2017. Disponível em: https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2017/01/26/artificial-intelligence-medical-malpractice-and-the-end-of-defensive-medicine/ Acesso em 01 out. 2021.

[66] Isso não quer dizer que módulos de IA "inexplicáveis" não são confiáveis. Sistemas de IA podem ser relativamente confiáveis em razão de outros atributos, como a comprovação de performance altamente eficiente. Contudo, como verificado, para um módulo de IA ser completamente confiável o atributo da explicabilidade é imprescindível.

[67] FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 79.

O terceiro princípio a ser abordado é o da *Prevenção contra danos*, podendo ser compreendido no sentido de que o desenvolvimento e o uso de módulos de inteligência artificial não podem ocasionar danos físicos ou psíquicos aos seres humanos [68]. Para tanto, os módulos de inteligência artificial devem preencher requisitos mínimos de segurança, precisão e eficiência antes da sua implementação e, em especial, devem prever medidas de monitoramento de desempenho que, por sua vez, devem ser permanentemente adotadas visando garantir que o módulo de inteligência artificial está operando adequadamente e também verificar possíveis impactos negativos da tecnologia em alguns pacientes individuais ou até mesmo grupos de pacientes[69].

Por fim, o princípio da *promoção do bem-estar* pode ser compreendido no sentido de que os módulos de inteligência artificial devem obrigatoriamente produzir resultados benéficos para as pessoas e para o planeta[70], promovendo, assim, o bem-estar geral. Tal princípio determina que médicos, desenvolvedores e reguladores adotem condutas ativas visando a promoção do máximo bem-estar.

Em rigor, os módulos de IA devem servir para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade e, nesse sentido, devem ser desenvolvidos e aplicados em um passo a passo auditável com base nos princípios da prevenção e da precaução e, dessa forma, alinhados com a esperança e com a responsabilidade para a devida concretização dos direitos humanos e fundamentais em vigor.

5. CONCLUSÃO

A utilização da IA para a análise diagnóstica já é uma realidade, inclusive no Brasil. De modo geral, já se pode constatar uma larga aplicação de módulos e de agentes maquínicos na área da saúde, apesar das inúmeras discrepâncias que

[68] WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021. p. 26.
[69] WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021. p. 26.
[70] OCDE. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. 21 mai. 2019. Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 Acesso em: 01 out. 2021.

delineiam o panorama nacional. De fato, o Brasil tem desníveis culturais e econômicos que expressam desde a existência de centros de alta performance nas regiões sul e sudeste até mesmo comunidades que são alijadas de condições mínimas de saneamento básico.

De qualquer maneira, essa tecnologia possui características ou potenciais características peculiares - quais sejam: inexplicabilidade e ininterpretabilidade; precisão e agilidade - que a permite tanto promover direitos humanos e direitos fundamentais quanto representar uma ameaça a esses direitos. As circunstancias que envolvem esse cenário ameaçador se ampara na falta de educação e de preparo da população para o entendimento e para a compreensão do emprego das chamadas novas tecnologias, dentre elas, a IA.

A pandemia do novo coronavírus não somente agudizou questões de desigualdade quanto evidenciou a complexidade da realidade brasileira. Por outro lado, torna-se evidente que os grandes centros passaram a atuar com mais liberdade e com mais eficiência no manejo de módulos de IA.

Nesse sentido, a inteligência artificial aplicada na análise diagnóstica pode gerar benefícios terapêuticos, promovendo e concretizando o direito à saúde, à vida e outros direitos humanos e direitos fundamentais, bem como podem ser detectados alguns prováveis prejuízos, inclusive terapêuticos, e consequentemente agravos e afetações ao direito à saúde, à vida, à proteção de dados pessoais, à privacidade, dentre outros direitos humanos e fundamentais.

Diante dos riscos aos direitos humanos e direitos fundamentais, emerge a necessidade de construção e, em particular, de afirmação de princípios éticos que devem ser ao menos almejados e preferencialmente aplicados durante todo o processo de desenvolvimento e de utilização dos módulos de inteligência artificial, devendo ser de grande utilidade para guiar os reguladores. O presente trabalho apresentou e visou compreender quatro princípios éticos da inteligência artificial para análise diagnóstica: a) respeito da autonomia humana, b) transparência e explicabilidade; c) prevenção de danos e; d) promoção do bem-estar.

O *princípio da autonomia*, portanto, deve ser interpretado no sentido de que os módulos de IA aplicados para a análise diagnóstica devem ser desenvolvidos, implementados e utilizados de modo que a autonomia médica sobre a decisão

diagnóstica permaneça intacta. Reafirma-se, nessa altura, a relevância da atuação do profissional da saúde como o condutor e principal responsável pela diagnose, sobretudo na medida em que deve se acercar de cuidados para uma ausculta apropriada que deve permear a relação fiduciária com o paciente.

Por sua vez, o princípio da *transparência e da explicabilidade* parece ser melhor compreendido em três acepções, quais sejam: a) de que a plena confiança sobre a IA aplicada na análise diagnóstica só será alcançada com o fornecimento de informações mínimas e relevantes que inclusive permitam compreender a lógica por detrás das soluções diagnósticas propostas pelo módulo de inteligência artificial; b) a utilização de inteligência artificial "inexplicável" é permitida se e somente se, em razão do estado da arte dessa tecnologia, não for possível a extração de informações que viabilizem a explicabilidade da mesma no momento de emprego inevitável, e desde que tal tecnologia possa trazer benefícios reais para a sociedade ou para os indivíduos, resguardando-se a posterior necessidade de se tornar auditável e; c) a explicabilidade da IA diagnóstica deve ser um fim almejado por aqueles envolvidos no desenvolvimento, na regulação e na utilização dessa tecnologia para a consecução de uma IA diagnóstica plenamente confiável.

Interessante apontar que o princípio da *prevenção de danos* dispõe que o desenvolvimento, a implementação e o uso da inteligência artificial não pode comprometer a integridade física ou psicológica do ser humano e pode ser interpretado no sentido de que os módulos de IA devem possuir atributos mínimos de segurança, de eficiência e de precisão, exigindo-se assim medidas contínuas de monitoramento que garantam a segurança, a precisão e a eficácia da inteligência artificial aplicada na análise diagnóstica. Quanto aos atributos mínimos, alinhava-se, por óbvio, a paleta de direitos humanos e fundamentais como parâmetros essenciais.

Ainda deve ser alertado que o princípio da *promoção do bem-estar* dispõe que a inteligência artificial deve trazer benefícios para a humanidade e para o planeta e pode ser interpretado no sentido de que médicos, desenvolvedores e reguladores tenham uma postura ativa visando a promoção do máximo bem-estar. Trata-se aqui não somente do sentido de compromisso, mas, sobretudo, de uma regulamentação com caráter compulsório.

Nesse sentido, deve ser salientado que o ordenamento jurídico brasileiro possui múltiplos direitos e garantias já plenamente assegurados e em vigor, devendo ser aplicados em sua plena eficácia e na medida da sua constitucionalidade/fundamentalidade formal e material. Portanto, não se pode admitir um total vácuo normativo no que se refere a essa temática.

Não se pode, de fato, a despeito da ausência de regras precisas e em atual estado de tramitação no parlamento brasileiro a respeito das modalidades de IA, retroceder quando se trata da saúde dos pacientes e, em outro giro, da população em geral.

Afirma-se, nessa medida, de modo particular, os princípios orientadores, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, que, em síntese, perfazem os fundamentos da República Federativa do Brasil. Dito isto, entende-se que toda e qualquer inovação, particularmente na área da saúde, deve ser alinhada a um *design* político-ético-jurídico que traduza, transcreva e manifeste tanto a responsabilidade, a solidariedade quanto a esperança em um contexto que se paute na precaução e na prevenção a fim de assegurar a centralidade do humano.

REFERENCIAS

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-artificial-intelligence_en.pdf Acesso em 02 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 21 de 04 de fevereiro de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ksnri1cyfeclvyuain0nloqe1378456.node0?codteor=1853928&filename=PL+21/2020 . Acesso em 30 de set. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre os cursos de formação em psicologia e regulamenta a profissão de psicólogo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4119.htm Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações,

julho de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_documento_referencia_4-979_2021.pdf Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Portaria MCTI nº 4.979, de 13 de julho de 2021. [Altera o Anexo da Portaria MCTI nº 4.617, de 6 de abril de 2021, que Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos]. Brasília, DF: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 13 de julho de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ia_estrategia_portaria_mcti_4-979_2021_anexo1.pdf . Acesso em: 25 ago. 2021.

CHA, Dongchul et al. Automated diagnosis of ear disease using ensemble deep learning with a big otoendoscopy image database. EBioMedicine, v. 45, p. 606-614, 2019. Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/ebiom/article/PIIS2352-3964(19)30431-1/fulltext#secst0005 Acesso em: 26 ago. 2021.

COLL, Liana. Software pode diagnosticar câncer de pele com precisão de 86%. Jornal da Unicamp. Disponível em: https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2020/01/20/software-pode-diagnosticar-cancer-de-pele-com-precisao-de-86 Acesso em: 27 out. 2021.

COLLUCCI, Cláudia. Diagnóstico grátis de Covid-19 por imagem é pouco acessado por hospitais do SUS. Folha de Sâo Paulo. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/07/diagnostico-gratis-de-covid-19-por-imagem-e-pouco-acessado-por-hospitais-do-sus.shtml Acesso em: 28 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientações éticas para uma IA de confiança. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1 Acesso em 01 out. 2021.

FLORIDI, Luciano. COWLS, Josh. A Unified Framework of Five Principles for AI in Society. Harvard Data Science Review, ed.1.1, 2019. Disponível em: https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/l0jsh9d1/release/7 Acesso em: 30 set. 2021.

FREITAS, Juarez. FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian; PINEAU, Joelle. When AIs outperform doctors: confronting the challenges of a tort-induced over-reliance on machine learning. Arizona Law Review, v. 61, p. 33, 2019. Disponível em: https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1678&context=fac_articles Acesso em: 29 ago. 2021.

GUNNING, David et al. XAI—Explainable artificial intelligence. Science Robotics, v. 4, n. 37, 2019. Disponível em: https://www.science.org/doi/10.1126/scirobotics.aay7120 Acesso em: 01 out. 2021.

GUTIERREZ, Andriei. É possível confiar em um sistema de inteligência artificial? Práticas em torno da melhoria da sua confiança, segurança e evidências de *accountability*. In: FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito.* 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 81-94.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021

LIU, Yuan et al. A deep learning system for differential diagnosis of skin diseases. Nature medicine, v. 26, n. 6, p. 900-908, 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41591%E2%80%90020%E2%80%900842%E2%80%903 Acesso em: 26 ago. 2021.

MEI, Xueyan et al. Artificial intelligence–enabled rapid diagnosis of patients with COVID-19. Nature medicine, v. 26, n. 8, p. 1224-1228, 2020. Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41591-020-0931-3 Acesso em: 01 set. 2021.

MECIONI, Darlene. Como a inteligência artificial ajudou o Hospital das Clínicas na luta contra o coronavírus. Época Negócios. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2020/09/como-inteligencia-artificial-ajudou-o-hospital-das-clinicas-na-luta-contra-o-coronavirus.html Acesso em: 27 out 2021.

MENDES, Laura Schertel ; Danilo Doneda ; Carlos Affonso Pereira de Souza ; ANDRADE, Norberto Nuno Martin Becerra Gomes. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, v. 23, p. 1-17, 2018. p. 4. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf Acesso em: 10 set. 2021.

MIOTTO, Riccardo et al. Deep learning for healthcare: review, opportunities and challenges. Briefings in bioinformatics, v. 19, n. 6, p. 1236-1246, 2018. Disponível em: https://academic.oup.com/bib/article/19/6/1236/3800524 Acesso em 27 ago. 2021.

NOGAROLI, Raffaela; SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência artificial na análise diagnóstica: benefícios, riscos e responsabilidade do médico. In: KFOURI NETO, Miguel; NOGAROLI (Org.). Debates contemporâneos em direito médico e da saúde. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 1, p. 69-92.

OCDE. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. 21 mai. 2019. Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 Acesso em: 01 out. 2021.

Paciente com câncer espera até 200 dias por diagnóstico no SUS, diz TCU. G1, 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/cancer/noticia/2019/09/10/paciente-com-cancer-espera-ate-200-dias-por-diagnostico-no-sus-diz-tcu.ghtml Acesso em: 02 nov. 2021.

ROSO, Larissa. Inteligência artificial auxilia no diagnóstico ultraprecoce de câncer de pulmão. GaúchaZH, 2021. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/2021/07/inteligencia-artificial-auxilia-no-diagnostico-ultraprecoce-de-cancer-de-pulmao-ckrqnyhf3006e0193nah5xa7i.html Acesso em: 01 out. 2021.

SCHWEIKART, Scott J. Who Will Be Liable for Medical Malpractice in the Future? How the Use of Artificial Intelligence in Medicine Will Shape Medical Tort Law. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, v. 22, n. 2, p. 1, 2021. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1497&context=mjlst Acesso em 27 ago. 2021.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MENDES, Beatriz Lourenço. Novas tecnologias, divisão digital e o direito à saúde em tempos de COVID-19: perspectivas de gestão e de governança no Brasil. Direito Público, [S.l.], v. 17, n. 94, nov. 2020. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4473 Acesso em: 02 set. 2021.

SHEN, Jiayi et al. Artificial intelligence versus clinicians in disease diagnosis: systematic review. JMIR medical informatics, v. 7, n. 3, p. e10010, 2019. Disponível em: https://medinform.jmir.org/2019/3/e10010/?utm_source=TrendMD&utm_medium=cpc&utm_campaign=JMIR_TrendMD_0 Acesso em: 31 ago. 2021.

Siau, K., & Wang, W. (2020). Artificial Intelligence (AI) Ethics: Ethics of AI and Ethical AI. *Journal of Database Management, v. 31, n.* 2, 2020. p. 74-87.

THOMAS, Shailin. Artificial Intelligence, Medical Malpractice, and the End of Defensive Medicine. Bill of Health, 2017. Disponível em: https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2017/01/26/artificial-intelligence-medical-malpractice-and-the-end-of-defensive-medicine/ Acesso em 01 out. 2021.

TING, Daniel Shu Wei et al. Development and validation of a deep learning system for diabetic retinopathy and related eye diseases using retinal images from multiethnic populations with diabetes. Jama, v. 318, n. 22, p. 2211-2223, 2017. Disponível em: https://jamanetwork.com/journals/jama/article-abstract/2665775 Acesso em: 26 ago. 2021.

WHO. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Geneva, 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1352854/retrieve Acesso em 01 out. 2021.

ZHANG, Kang et al. Clinically applicable AI system for accurate diagnosis, quantitative measurements, and prognosis of COVID-19 pneumonia using computed tomography. Cell, v. 181, n. 6, p. 1423-1433. e11, 2020. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0092867420305511 Acesso em: 26 ago. 2021.

12. PROCESOS DEMOCRÁTICOS EN CHILE EN ÉPOCA DE PANDEMIA Y CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

https://doi.org/10.36592/9786581110642-12

Gonzalo Aguilar Cavallo[1]

Introducción

Este trabajo pretende realizar un análisis de los resultado de los procesos electorales que se han desarrollado en Chile durante los años 2020 y 2021, insertándolos en un contexto explicativo de la evolución del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas. Nuestra pregunta orientadora será si los motivos y las tendencias electorales que se pueden extraer del caso chileno dan cuenta de la evolución reciente del constitucionalismo latinoamericano.

Nuestra hipótesis es que los procesos electorales llevados a cabo durante el 2020 y el 2021 son una manifestación de fenómenos que se encuentran presentes en el desarrollo constitucional latinoamericano desde hace décadas y que sólo han venido a consolidarse en los procesos participativos recientes y los procesos que dichos actos electorales han desencadenado.

En esta línea, este trabajo se divide en dos partes. La primer parte se refiere al análisis de los procesos electorales desarrollados durante los años 2020 y 2021, en plena pandemia y crisis sanitaria. La segunda parte realiza un examen de las características más relevantes del constitucionalismo latinoamericano o de las condicionantes regionales de este constitucionalismo latinoamericano, y que podrían verse proyectados en los procesos electorales realizados.

[1] Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile). Correo electrónico: gaguilar@utalca.cl.

1. Procesos electorales que se han llevado a cabo en Chile durante la pandemia

Durante los años 2020 y 2021, en plena pandemia, se han llevado a cabo diversos procesos electorales en Chile. En primer lugar, el plebiscito sobre la Convención constitucional; en segundo lugar, la elección de alcaldes y gobernadores regionales; en tercer lugar, la elección de los convencionales constituyentes.

1.1. Plebiscito de entrada

En primer lugar, el 25 de octubre de 2020, se realizó el plebiscito denominado "de entrada". En este plebiscito se consultó a la ciudadanía lo siguiente: ¿Quiere Ud. una nueva Constitución? Apruebo/Rechazo y ¿Qué tipo de órgano debiera redactar la nueva constitución? Convención mixta Constitucional o Convención Constitucional. Los resultados consistieron en que el 78,27% de las preferencias fue para la opción Apruebo, mientras que el 21,73% fue para la opción Rechazo. Respecto del órgano que redactará la nueva Constitución, la Convención Constitucional obtuvo un 78,99% y la Convención Constitucional Mixta un 21,01%[2].

En el plebiscito participaron un total 7.562.173 personas, lo que representa un 50,9% del padrón total de 14.796.197 personas[3]. Esto convierte al plebiscito en la elección con mayor votación desde la instauración del voto voluntario[4]. Podemos desglosar lo anterior en:

- Voto jóvenes: Del padrón total de 14.796.197 personas 1.791.708 corresponden a personas entre 18 a 24 años. De lo anterior sufragaron 1.017.153 personas. Esto equivale a un 6,87% del total de participación.

[2] Pauta (2020), "Votación, resultados y reacciones del Plebiscito", disponible en: https://www.pauta.cl/politica/votacion-resultados-y-reaciones-sigue-en-vivo-el-plebiscito-2020
[3] Padrón electoral publicado el 26 de agosto de 2020, https://www.servel.cl/estadisticas-del-padron-electoral-en-chile-plebiscito-2020/
[4] Servel (2020), https://www.plebiscitonacional2020.cl/plebiscito-nacional-2020-fue-la-mayor-votacion-de-la-historia-de-chile/ . La Nación (2020), disponible en: http://www.lanacion.cl/plebiscito-2020-la-mayor-participacion-ciudadana-desde-que-el-voto-es-voluntario/

- Voto mujeres: Del padrón total de 14.796.197 personas, 7.590.015 corresponde a mujeres. De lo anterior sufragaron 3.977.810. Esto equivale a un 26,56% del total de participación.
- Voto personas mayores: Del padrón total de 14.796.197 personas, 3.695.382 corresponde a personas entre 60 y 80 años y más[5]. De lo anterior sufragaron 1.607.616[6]. Esto equivale a un 10,86 % del total de participación.

De lo anterior se desprende que del total de este desglose comprende un 44,29% de participación en el plebiscito del 25 de octubre del año 2020.

También es interesante mencionar que de los 7.562.173 personas que participaron en el plebiscito de 2020, 571.392 personas corresponden a afiliados a partidos políticos[7].

Cabe indicar que este plebiscito estaba presupuestado para el 26 de abril del año 2020, pero, por razones de seguridad sanitaria, fue postergado para octubre de ese año. El proceso plebiscitario fue efectuado bajo un "protocolo sanitario". Este protocolo fue aprobado el 3 de agosto por el Ministerio de Salud y publicado en el Diario Oficial el 10 de septiembre de 2020[8].

Por otra parte, el Consejo Directivo del Servicio Electoral de Chile adoptó una resolución que fija normas e instrucciones especiales para el plebiscito del 25 de octubre, el cual fue publicado el 4 de septiembre de 2020 en el Diario Oficial. Dentro de las medidas allí señaladas destacan:

a) Bloque horario exclusivo para los adultos mayores de 60 años, de 14:00 a 17:00 horas.
b) Mantener distanciamiento físico de un metro entre todos los votantes en la fila y los vocales de mesa.

[5] Servel (2021) estadísticas padrón electoral, disponible en: https://www.servel.cl/estadisticas-del-padron-electoral-en-chile-plebiscito-2020/
[6] Servel, disponible en: https://www.servel.cl/estadisticas-de-participacion-por-sexo-y-edad/
[7] Servel, disponible en: https://www.servel.cl/participacion-electoral-de-afiliados-a-partidos-politicos-plebiscito-2020/
[8] Diario oficial 10 de septiembre, disponible en https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2020/09/10/42753/01/1815081.pdf

c) El horario de funcionamiento de las mesas de votación fue extendido hasta las 20:00 horas.

d) Se permitió que los votantes llevasen su propio bolígrafo de tinta azul para firmar el padrón de mesa y marcar su preferencia en las cédulas de votación.

e) Se rebajó a 60 años la edad para excusarse de ser vocal de mesa.

f) Las cámaras secretas no tenían cortinas o puertas a fin de evitar contacto físico con cualquier parte de su estructura[9].

1.2. Elección de alcaldes, gobernadores regionales y convencionales constituyentes

Durante el año 2021 se realizaron las elecciones de gobernadores regionales, alcaldes, concejales, y convencionales constituyentes. En razón de la pandemia se modificó la fecha inicial de la elección, prevista para el 11 de abril de 2021, y se aplazó para el 15 y 16 de mayo de 2021. Por primera vez, se realizaron votaciones en dos días, de acuerdo con lo establecido en la Ley 21.324[10]. Durante estas elecciones también fue implementado el protocolo sanitario aprobado por el Consejo Directivo del Servicio Electoral.

El padrón electoral para las votaciones de mayo de 2021 fue de 14.900.189 personas[11]. De este padrón votaron 6.458.760 personas, lo que equivale a un 43,3% del padrón electoral[12]. Del mismo modo, esta votación se puede desglosar de la siguiente manera:

- Voto jóvenes: Del padrón total de 14.900.189 personas, 1.781.396 corresponden a personas entre 18 a 24 años.
- Voto mujeres: Del padrón total de 14.900.189 personas, 7.642.440 corresponde a mujeres.

[9] Cooperativa (2020), "Horarios exclusivos y uso de lápiz pasta azul: Las normas del Servel para el Plebiscito", disponible en : https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/constitucion/horarios-exclusivos-y-uso-de-lapiz-pasta-azul-las-normas-del-servel/2020-09-04/091959.html

[10] Publicado en el Diario Oficial el 7 de abril de 2021, disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1157863

[11] El padrón electoral fue publicado por Servel el 10 de febrero de 2021, disponible en: https://www.servel.cl/padron-electoral-por-sexo-y-region-elecciones-abril-2021/

[12] Concierto (2021), "¿Cuánta gente votó en las elecciones 2021? Servel reveló la cifra de participación", disponible en: https://www.concierto.cl/2021/05/cuanta-gente-voto-en-estas-elecciones-2021-servel-revelo-la-cifra-de-participacion/

- Voto personas mayores: Del Padrón total de 14.900.189 personas, 3.760.315 corresponde a personas entre 60 y 80 años y más.

En primer lugar, en cuanto a la elección de Convencionales Constituyentes, hemos levantado la siguiente tabla que da cuenta de tres factores en relación con las candidaturas de los partidos e independientes: a) cantidad de candidatos; b) género de los candidatos; c) rango etario de los candidatos[13].

Partidos	Cantidad de candidatos/as	Género	Rango etario
Ciudadanos	1	100 % masculino	35-39 años
Comunes	10	60 % femenino 40% masculino	(1) 20-24 años (1) 25-29 años (5) 30-34 años (2)35-39 años (1)40- 49 años
Convergencia Social	8	25 % femenino 75% masculino	(2) 25-29 años (3) 30-34 años (1)35-39 años (2)40-44 años
Evolución Política	19	57,89% femenino 42,11% masculino	(2) 25-29 años (1) 30-34 años (5)35-39 años (2)40-44 años (1) 45-49 años (5) 50-54 años (2) 55-59 años (1) 65-69 años
Federación Regionalista Verde Social	9	44,44% femenino 55,56% masculino	(1) 30-34 años (1)35-39 años (2)40-44 años (1) 45-49 años (2) 50-54 años (1) 55-59 años (1) 60-64 años
Igualdad	4	25% femenino 75% masculino	(1) 30-34 años (1)35-39 años (1)40-44 años (1) 45-49 años
Independientes Ciudadanos	2	50% femenino 50% masculino	(1) 50-54 años (1) 55-59 años
Independientes Evolución Política	3	33,33% femenino 66,67% masculino	(1) 40-44 años (1) 50-54 años

[13]Servel (2020), diponible en: https://www.servel.cl/candidaturas-por-rango-etario-sexo-y-partido-politico/

			(1) 75-79 años
Independiente Igualdad	2	50% femenino 50% masculino	(1) 40-44 años (1) 65-69 años
Independientes Partido Comunista de Chile	3	33,33% femenino 66,67% masculino	(1) 50-54 años (1) 60-64 años (1) 65-69 años
Independiente Partido Conservador Cristiano	1	100% masculino	(1) 35-39 años
Independientes Partido Liberal de Chile	2	100% femenino	(2) 45-49 años
Independientes Partido por la Democracia	2	100% femenino	(1) 30-34 años (1) 60-64 años
Independientes Partido Progresista de Chile	2	50% femenino 50% masculino	(1) 35-39 años (1) 45-49 años
Independientes Partido Radical de Chile	2	100% masculino	(1) 30-34 años (1) 50-54 años
Independientes Partido Socialista de Chile	2	50% femenino 50% masculino	(1) 40-44 años (1) 45-49 años
Independientes Renovación Nacional	2	100% masculino	(1) 30-34 años (1) 40-44 años
Independiente Revolución Democrática	1	100% masculino	(1) 50-54 años
Independiente Unión Demócrata Independiente	1	100% masculino	(1) 30-34 años
Independiente	7	42,86% femenino 57,14% masculino	(1) 18-19 años (1) 35-39 años (1) 45-49 años (2) 50-54 años (1) 60-64 años (1) 70-74 años
Independientes	761	58,98% femenino 49,01% masculino	(3) 18-19 años (14) 20-24 años (61) 25-29 años (114) 30-34 años (115) 35-39 años (102) 40-44 años (107) 45-49 años (84) 50-54 años (65) 55-59 años (39) 60-64 años (32) 65-69 años (14) 70-74 años (9) 75-79 años

			(2) 80 años o más
Partido Comunista de Chile	33	45,45% femenino 54,54% masculina	(2) 20-24 años (3) 30-34 años (2) 35-39 años (5) 40-44 años (4) 45-49 años (7) 50-54 años (3) 55-59 años (3) 60-64 años (3) 65-69 años (1) 70-74 años
Partido Conservador Cristiano	10	50% femenino 50% masculino	(3) 25-29 años (1) 30-34 años (1) 35-39 años (3) 40-44 años (1) 45-49 años (1) 65-69 años
Partido Demócrata Cristiano	38	47,36% femenino 62,63% masculino	(1) 20-24 años (5) 30-34 años (4) 35-39 años (6) 40-44 años (5) 50-54 años (7) 55-59 años (3) 60-64 años (6) 65-69 años (1) 75-79 años
Partido Ecologista Verde	76	52,63% femenino 47,36% masculino	(1) 18-19 años (6) 20-24 años (13) 25-29 años (9) 30-34 años (15) 35-39 años (11) 40-44 años (11) 45-49 años (6) 50-54 años (2) 55-59 años (1) 60-64 años (1) 65-69 años
Partido Humanista	7	42,86% femenino 57,14% masculino	(1) 30-34 años (1) 45-49 años (2) 50-54 años (1) 55-59 años (1) 60-64 años (1) 75-79 años
Partido Liberal de Chile	4	75% femenino 25% masculino	(2) 30-34 años (2) 35-39 años
Partido Nacional Ciudadano	9	55,56% femenino 44,44% masculino	(1) 30-34 años (2) 35-39 años (2) 40-44 años (1) 45-49 años (1) 60-64 años (1) 65-69 años (1) 70-74 años

Partido por la Democracia	13	46,15% femenino 53,84% masculino	(1) 30-34 años (1) 35-39 años (1) 40-44 años (3) 45-49 años (2) 50-54 años (1) 55-59 años (2) 60-64 años (1) 65-69 años (1) 70-74 años
Partido Radical de Chile	15	66,67% femenino 33,33% masculino	(1) 30-34 años (3) 35-39 años (1) 40-44 años (2) 45-49 años (2) 50-54 años (2) 55-59 años (3) 60-64 años (1) 70-74 años
Partido Republicano de Chile	7	57,14% femenino 42,86% masculino	(1) 20-24 años (1) 30-34 años (1) 35-39 años (2) 45-49 años (1) 55-59 años (1) 80 años o más
Partido Socialista de Chile	32	53,12% femenino 46,87% masculino	(1) 25-29 años (6) 30-34 años (5) 35-39 años (4) 40-44 años (3) 45-49 años (5) 50-54 años (3) 55-59 años (3) 65-69 años (2) 70-74 años
Partido Trabajadores Revolucionarios	52	51,92% femenino 48,07% masculino	(2) 18-19 años (3) 20-24 años (14) 25-29 años (18) 30-34 años (5) 35-39 años (5) 45-49 años (2) 50-54 años (2) 55-59 años (1) 60-64 años
Partido Unión Patriótica	51	50,98% femenino 49,02% masculino	(2) 18-19 años (9) 20-24 años (4) 25-29 años (5) 30-34 años (12) 35-39 años (3) 40-44 años (7) 45-49 años (2) 50-54 años (3) 55-59 años (2) 60-64 años (2) 65-69 años

Renovación Nacional	35	51,42% femenino 48,57% masculino	(3) 25-29 años (11) 30-34 años (4) 35-39 años (4) 40-44 años (4) 45-49 años (2) 50-54 años (3) 55-59 años (1) 60-64 años (2) 65-69 años (1) 75-79 años
Revolución Democrática	16	68,75% femenino 31,25% masculino	(3) 25-29 años (7) 30-34 años (3) 35-39 años (1) 40-44 años (1) 50-54 años (1) 55-59 años
Unión Demócrata Independiente	35	45,71% femenino 54,28% masculino	(4) 25-29 años (2) 30-34 años (5) 35-39 años (5) 40-44 años (4) 45-49 años (1) 50-54 años (2) 55-59 años (3) 60-64 años (5) 65-69 años (3) 70-74 años (1) 75-79 años
Unión Patriótica	1	100% masculino	(1) 80 años o más

De los resultados de la conformación de los 155 escaños de la Convención Constitucional se puede indicar los siguientes:

> a) Lista Vamos por Chile obtuvo 37 escaños (5 Evolución Política, 15 Renovación Nacional y 17 Unión Demócrata Independiente). Obtuvieron un total de 1.200.000 votos.
>
> b) La lista del Apruebo obtuvo 25 escaños (2 Partido Demócrata Cristiano, 2 Partido Liberal, 3 Partido por la Democracia, 1 Partido Radical, 1 Partido Progresista y 15 Partidos Socialista). Obtuvieron un total de 824.800 votos.
>
> c) La lista Apruebo Dignidad obtuvo 28 escaños (1 Comunes, 6 Convergencia Social, 2 Federación Regionalista verde-social, 1 Iguales, 7 Partido Comunista, 9 Revolución Democrática). Obtuvieron un total de un 1.100.000 votos.
>
> d) La lista de Independientes por la Nueva Constitución obtuvo 11 escaños (11 independientes). Obtuvieron un total de 449.300 votos.
>
> e) La lista del Pueblo obtuvo 27 escaños (27 independientes). Obtuvieron un total de 941.400 votos.

> f) Los 17 escaños reservados para pueblos indígenas, más aquellos que no pertenecen a las listas antes indicadas, obtuvieron un total de 1.200.000 votos[14].

En resumen, 28 escaños pertenecen al pacto Apruebo Dignidad (Frente Amplio y Partido Comunista) y 25 a la Ex Concertación, 48 escaños son de pactos o movimientos independientes (la Lista del Pueblo con 27, Independientes no neutrales 11 y otros independientes 10) y Chile Vamos, por su parte, solo consiguió 37 escaños. A lo anterior hay que sumarle los 17 escaños reservados de Pueblos Indígenas (7 escaños reservados para el pueblo Mapuche, 2 para los Aymara, 1 para los Rapa Nui, 1 para el pueblo Quechua, 1 para el pueblo Atacameño, 1 para los Diaguita, 1 para el pueblo Colla, 1 para los Kawashkar, 1 para los Yagán y 1 para el pueblo Chango)[15].

En cuanto a la paridad de género en la composición final de la Convención Constitucional, el panorama final es el siguiente: quedó en 77 mujeres y 78 hombres, de los cuales 11 accedieron a la Convención por corrección de los resultados. En el caso de las mujeres 30 son independientes, 21 de la oposición, 15 del oficialismo, 1 de los movimientos independientes del Norte y 10 de los Pueblos Indígenas. En el caso de los hombres 30 pertenecen a la oposición, 22 al oficialismo, 19 son independientes y 7 pertenecen a Pueblos Indígenas[16].

Desde el punto de vista del promedio de edad en la composición final de la Convención Constitucional, este corresponde a 45 años. El panorama final es el siguiente: Aquellos que pertenecen a Unidad Constituyente (DC, PPD, PS, PR, PL, PRO) tienen el mayor promedio de edad con 49 años, seguidos de la lista de Chile Vamos que promedió 48 años. La edad promedio de los escaños reservados es 47 años. La edad promedio de la Lista Apruebo Dignidad (Comunes, Revolución Democrática, Convergencia Social, Partido Comunista, el Partido Frente Social Regionalista Verde e Igualdad) es de 44 años de edad. Los representantes de la Lista del Pueblo promedian 39 años. En el caso de la Lista Independientes por la Nueva Constitución tiene un promedio de edad de 41 años y otros independientes (que

[14]Decide Chile (2021), disponible en: https://2021.decidechile.cl/#/ev/2021/ct/2021.N/
[15] T13 (2021), disponible en: https://www.t13.cl/noticia/elecciones-2021/politica/convencion-constitucional-cifras-profesion-edad-pactos-17-05-21
[16] T13 (2021), disponible en: https://www.t13.cl/noticia/elecciones-2021/politica/convencion-constitucional-cifras-profesion-edad-pactos-17-05-21

pertenecen principalmente a movimientos regionales y sociales únicos), llegan a los 43 años en promedio[17].

En conclusión, los sectores políticos tradicionales, tanto de Chile Vamos como de Unidad Constituyente tienen el promedio de edad más alto, mientras que los sectores políticos más nuevos, en general, independientes, esto es, la Lista del Pueblo y la Lista Independientes por la Nueva Constitución, tienen el promedio de edad más bajo. Esto podría reflexionarse como la búsqueda por parte de la juventud de representantes nuevos, esencialmente jóvenes, que no responda a los patrones del modelo de comportamiento político establecido.

En cuanto a la elección de alcaldes, de los 345 cargos a elegir podemos mencionar los siguientes resultados:

> 1) De la coalición Chile vamos fueron electos 88 alcaldes (1 de Evolución Política, 23 independientes, 32 de Renovación Nacional, 32 Unión Demócrata Independiente). Obtuvieron un total de 1.600.000 votos.
>
> 2) De la Coalición Frente Amplio fueron electos 12 cargos (2 de Convergencia Social, 3 independientes, 1 Partido Liberal, 6 Revolución Democrática), con un total de 493.800 votos.
>
> 3) De la coalición Dignidad Ahora fueron electos 3 alcaldes (1 Iguales y 2 Partido Humanista), con 213.800 votos.
>
> 4) De la coalición Chile Digno y Verde Soberano fueron electos 9 alcaldes (1 Federación Regionalista verde-social, 2 independientes y 6 Partido Comunista), con un total de 419.000 votos.
>
> 5) De la coalición Unidad por el Apruebo fueron electos 68 cargos (18 independientes, 17 Partido por la Democracia, 11 Partido Radical y 22 Partido Socialista). Obtuvieron un total de 836.000 votos.

[17] Plataforma Contexto (2021), disponible en: https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/la-generacion-constituyente-edad-promedio-entre-las-y-los-electos-a-la-convencion-constitucional-ronda-los-45-anos/

> 6) De la coalición Unidos por la Dignidad fueron electos 60 alcaldes (12 independientes, 46 Partido Demócrata Cristiano, 2 Partido Progresista). Obtuvieron un total de 676.700 votos[18].

En el caso de la elección de Gobernadores Regionales, resultaban electos aquellos que obtuvieran 40% o más de los sufragios. Si ninguno de los candidatos obtenía esa votación, pasaban a segunda vuelta las dos más altas mayorías relativas (ballotage). En la primera vuelta de gobernadores los resultados fueron los siguientes[19]:

Región	Candidatos	Resultados
Región De Arica Y Parinacota	Enrique Segundo Lee Flores (Chile Vamos)	31.5%
	Jorge Díaz Ibarra (Unidad Constituyente	27.4%
Región De Tarapacá	José Miguel Carvajal Gallardo (Frente Amplio)	28.6%
	Marco Antonio PérezBarría (Unidad Constituyente)	25.5%
Región De Antofagasta	Ricardo Heriberto Díaz Cortes (Unidad Constituyente)	39,6%
	Marco Antonio Díaz Muñoz (Chile Vamos)	21.5%
Región De Atacama	Carlo Pezo Correa (Unidad Constituyente)	30.2%
	Miguel Vargas Correa (Independiente)	23.7%
Región De Coquimbo	Krist Naranjo Peñaloza (Ecologistas e independientes)	27.3%
	Marco Antonio Sulantay Olivares (Chile Vamos)	26.1%
Región De Valparaíso	Rodrigo Eduardo Alexis Mundaca Cabrera (Frente Amplio)	43,7%

[18] Decide Chile (2021), disponible en: https://2021.decidechile.cl/#/ev/2021/ct/2021.A/
[19] Decide Chile (2021), disponible en: https://2021.decidechile.cl/#/ev/2021/ct/2021.H/

Región Metropolitana De Santiago	Claudio Orrego Larraín (Unidad Constituyente)	25.5%
	Karina Loretta Oliva Pérez (Frente Amplio)	23.4%
Región Del Libertador General Bernardo O'Higgins	Pablo Silva Amaya (Unidad Constituyente)	24.3%
	Eduardo Cornejo Lagos (Chile Vamos)	22.2%
Región Del Maule	Cristina Bravo Castro (Unidad Constituyente)	28.3%
	Francisco Pulgar Castillo (independiente)	23,9%
Región De Ñuble	Oscar Crisóstomo Llanos (Unidad Constituyente)	31.2%
	Jezer Sepúlveda Domínguez (Chile Vamos)	27%
Región Del Biobío	Rodrigo Diaz Worner (Independiente)	27.5%
	Flor Weisse Novoa (Chile Vamos)	19.4%
Región De La Araucanía	Eugenio Tuma Zedan (Unidad Constituyente)	30.3%
	Luciano Rivas Stepke (Chile Vamos)	20%
Región De Los Ríos	Maria Jose Gatica Bertin (Chile Vamos)	36.8%
	Luis Cuvertino Gómez (Unidad Constituyente)	32.5%
Región De Los Lagos	Patricio Vallespin López (Unidad Constituyente)	36.4%
	Ricardo Kuschel Silva (Chile Vamos)	25.8%
Región De Aysén Del General Carlos Ibañez Del Campo	Andrea Macías Palma (Unidad Constituyente)	48.7%
Región De Magallanes Y De La Antártica Chilena	Jorge Mauricio FliesAñon (Unidad Constituyente)	42.1%

La segunda vuelta de Gobernadores Regionales tuvo lugar el día 13 de junio y se realizaron en 13 regiones del país (Región de Arica y Parinacota, Región de

Tarapacá, Región de Antofagasta, Región de Atacama, Región de Coquimbo, Región Metropolitana, Región de O´Higgins, Región del Maule, Región de Ñuble, Región del Biobío, Región de La Araucanía, Región de Los Ríos y Región de Los Lagos). Como se ha mencionado, pasaban a segunda vuelta las dos más altas mayorías obtenidas (más del 40%), llama la atención que en la segunda vuelta 9 candidatos eran independientes[20].

El total de electores convocados fue de 13.040.819[21] y participó un 19,62%, que equivale a 2.558. 962 votantes.

Los resultados de la segunda vuelta fueron lo siguientes[22]:

Región	Candidatos	Resultados
Región De Arica Y Parinacota	Jorge Díaz Ibarra (Unidad Constituyente	57,7% (20.385 votos)
Región De Tarapacá	José Miguel Carvajal Gallardo (Frente Amplio)	57% (19.629 votos)
Región De Antofagasta	Ricardo Heriberto Díaz Cortes (Unidad Constituyente)	72% (41.863 votos)
Región De Atacama	Miguel Vargas Correa (Independiente)	59,4% (17.604 votos)
Región De Coquimbo	Krist Naranjo Peñaloza (Ecologistas e independientes)	62% (65.550 votos)
Región Metropolitana De Santiago	Claudio Orrego Larraín (Unidad Constituyente)	52,7% (785.023 votos)
Región Del Libertador General Bernardo O'Higgins	Pablo Silva Amaya (Unidad Constituyente)	57,7% (67.576 votos)
Región Del Maule	Cristina Bravo Castro (Unidad Constituyente)	57,3% (68.261 votos)
Región De Ñuble	Oscar Crisóstomo Llanos (Unidad Constituyente)	53% (36.372 votos)

[20] Servel (2021), disponible en: https://elecciones2021.servel.cl/informacion-general/
[21] Emol (2021), disponible en: https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/06/13/1023778/participacion-gobernadores-regionales.html; También Concierto (2021), disponible en: https://www.concierto.cl/2021/06/cuanta-gente-voto-en-la-segunda-vuelta-de-gobernadores-servel-revelo-la-cifra-de-participacion/
[22] Decide Chile (2021), disponible en: https://2021.decidechile.cl/#/ev/2021.gob/ct/2021.gob.H2V/

Región Del Biobío	Rodrigo Diaz Worner (Independiente)	71,4% (127.692 votos)
Región de la Araucanía	Luciano Rivas Stepke (Chile Vamos)	58,2% (70.804 votos)
Región De Los Ríos	Luis Cuvertino Gómez (Unidad Constituyente)	59,2% (43.370 votos)
Región De Los Lagos	Patricio Vallespin López (Unidad Constituyente)	62,4% (57.821 votos)

En resumen, en cuanto a la elección de Gobernadores Regionales, se pueden extraer algunas consecuencias relevantes:

En primer lugar, del total de 16 Gobernadores Regionales, 13 hombres y 3 mujeres, lo que muestra un claro desequilibrio hacia el género masculino.

En segundo lugar, de los Gobernadores electos, 10 pertenecen a Unidad Constituyente (2 Independientes, 4 Partido Socialista y 4 Partido Demócrata Cristiano), 2 pertenecen al Frente Amplio (1 Independientes y 1 Comunes); 2 son Independientes; 1 Ecologistas e Independientes (1 Independiente) y 1 Chile Vamos (1 Independiente).

Por último, el promedio de edad de los Gobernadores electos es de 46,4 años, el más joven tiene 36 años y el más longevo tiene 71 años.

Todos estos procesos electorales que se han descrito precedentemente son, sin duda, extraordinarios. Son extraordinarios no sólo porque se han realizado en plena pandemia y crisis sanitaria, con las consecuencias que esto ha significado para la salud y la economía de las familias. Además, han sido extraordinarios y ejemplificadores porque estos procesos están rodeados de una serie de características que responden a las reivindicaciones más propias de los movimientos sociales, ambientales, laborales, feministas, de colectivos LGBTI+, indígenas, etc., no revestidos de formas políticas tradicionales. Estas reivindicaciones y estas formas de plantear las reclamaciones socio—ambientales más sentidas y profundas en nuestras sociedades, es un rasgo característico del constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI. Afortunadamente, en el caso chileno, estas reivindicaciones se han canalizado por la vía constitucional democrática y han marcado un camino hacia una nueva Constitución.

2. La democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos en América Latina

Los desarrollos recientes del constitucionalismo latinoamericano deberían ser analizados en el contexto histórico y cultural de la región, sin dejar de considerar, por cierto, su interacción con lo que podríamos denominar constitucionalismo global.

Entendemos por constitucionalismo global a una conceptualización teórica que responde a un fenómeno multidimensional que se puede observar a escala planetaria. En el aspecto jurídico se trata de identificar aquellos trazos comunes de lo que podría constituir el *sustratum* de un orden constitucional compartido por distintas organizaciones políticas territoriales, tales como los Estados. Un ejemplo de estos pilares lo proporciona la Unión Europea, que identifica en el aspecto político a la democracia, en el aspecto jurídico al Estado de Derecho y en el aspecto valórico a los derechos humanos, como los pilares de su orden constitucional. En consecuencia, estos elementos serían propiamente constitucionales y no podrían faltar al momento de establecer las bases de un orden constitucional. El adjetivo de global, parece denotar que se trataría de un orden constitucional cuyos elementos básicos y rasgos característicos superan la mera dimensión territorial del Estado y configurarían un sistema y un orden constitucional donde el conjunto de Estados, podría identificarse en esos rasgos y características comunes. Además, la palabra global denotaría que estos pilares básicos serían aplicables o identificadores de cualquier orden socio-político que en el siglo XXI se desee calificar como tal. Esta idea habría que conjugarla con el contexto histórico, social, ambiental y cultural de la región.

2.1. El contexto histórico, social y cultural de la región

En América latina, especialmente en Chile, se trata de sociedades que salen de procesos largos de dictaduras. En Chile se tuvo una dictadura de 17 años que marcó profundamente la sociedad chilena. Incluso, se podría sostener que la dictadura en Chile desintegró el tejido social. Destruyó el tejido social de las décadas precedentes, pero además, atomizó a los distintos componentes del sistema social, bajo la lógica amigo – enemigo, entregando a cada individuo a su suerte propia e introdujo

separaciones artificiales en los roles y funciones de los distintos cuerpos intermedios, por ejemplo, impidiendo la participación política de asociaciones estudiantiles y de trabajadores.

En términos generales, en la región encontramos sociedades políticas con un ascendiente y una tendencia fuertemente autoritaria desde el punto de vista del poder.

Se trata de sociedades en donde las fuerzas armadas ocupan un rol clave dentro de los determinantes políticos y sociales. Las fuerzas armadas tuvieron y mantienen un rol absolutamente sobresaliente, basta con mirar la experiencia del país vecino, Bolivia, con la salida del presidente Evo Morales y el rol que jugó las fuerzas armadas en ese cambio político.

Se está frente a sociedades increíblemente inequitativas, desiguales, con una fuerte tendencia a la desintegración social. Estos son los muros invisibles que separan a los distintos grupos sociales al interior de los Estados. Esto es así en el caso de la sociedad chilena y, por lo tanto, esta desigualdad se proyecta en el goce efectivo de los derechos fundamentales, con particular dramatismo, tratándose de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

En efecto, no hay un goce real de los derechos fundamentales para todos por igual y fundamentalmente esto significa que produce un impacto en lo que se denominaría "tejido social" porque no todos gozan de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la misma manera. Primero, porque no existe un reconocimiento cabal de estos derechos al interior de los ordenamientos jurídicos. Esta falencia ha intentado ser suplida en las Constituciones de Ecuador y de Bolivia, por ejemplo, o incluso, en la reforma a la Constitución de México. En el caso de Chile, donde la Constitución actual no reconoce a cabalidad todos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y aquellos que reconoce, en general, carecen de tutela judicial efectiva. La nueva Constitución debería abordar y resolver esta anomalía. Segundo, aquellos derechos sociales que son reconocidos no son gozados por todos por igual, esto es, no todas las personas y grupos tienen igualdad material para el acceso equitativo a estos derechos. Ejemplos particularmente relevantes se pueden encontrar por doquier, en casos vinculados al igual acceso al derecho a la salud, o al derecho a la educación, o, recientemente resaltado por las

consecuencias del cambio climático, pero siempre presente, el caso del acceso igualitario al agua potable y al saneamiento. Toda esta desigualdad en América Latina y también en Chile atenta en contra del principio de la cohesión social. La ausencia de cohesión social es un factor determinante para la estabilidad y el progreso de toda comunidad política. Ante la ausencia de cohesión social las sociedades tienden a explotar, esto podría ser lo que explica el denominado estallido social en Chile del 18 de octubre del 2019 y que catapultó el proceso de una nueva constitución para el país, que estableciera las bases de una comunidad política cohesionada.

Estos son los rasgos claves que marcan a las sociedades latinoamericanas y, por cierto, a la chilena. Estos trazos que se han delineado previamente podrían contribuir a una posible explicación de la trayectoria histórica que ha seguido el comportamiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La rica y evolutiva jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como la doctrina que emana de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se explica y justifica en respuesta a este contexto, muchas veces dramático, de desigualdad, de desarraigo y de graves violaciones a los derechos humanos en la región.

2.2. Características del constitucionalismo contemporáneo

Es posible destacar una serie de rasgos distintivos que la evolución del constitucionalismo contemporáneo, especialmente en América Latina, ha ido subrayando.

Un primer aspecto que debiera relevarse es el lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional la persona humana, su dignidad y sus derechos. En los últimos años, esta afirmación, fuertemente antropocéntrica, se ha ido complementando con dos elementos que son centrales para el entendimiento del constitucionalismo latinoamericano. Por una parte, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de los afrodescendientes y de su expresión

socio-política que la plurinacionalidad. Hoy en día, la reivindicación de que estamos ante Estados plurinacionales es una realidad. Por otra parte, el reconocimiento creciente, tanto por la vía del derecho constitucional positivo como por la vía de la jurisprudencia constitucional, de los derechos de la naturaleza y del reconocimiento de la naturaleza y sus componentes como sujetos que merecen protección constitucional. Estos reconocimientos adquieren su expresión socio-política y cultural a través de los enfoques constitucionales ecocéntricos y biocéntricos.

En segundo término, se observa una creciente interacción en lo que es el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional en el ámbito de los derechos humanos. En las últimas décadas ha habido un proceso creciente de incorporación no solamente desde el punto de vista constitucional de los derechos humanos, sino que también desde un punto de vista convencional. Entonces, tenemos dos elementos que están conviviendo al interior de los ordenamientos jurídicos: Por un lado, el reconocimiento constitucional, y por otro, el reconocimiento convencional de los derechos humanos. Ambos implican que el Estado, y la soberanía, deben someter su acción a los derechos humanos, cualquiera que sea su fuente, constitucional o convencional, según el criterio que nos otorga el principio *pro homine*. De hecho, algunos autores se refieren al Estado convencional de Derecho.

Esto es muy importante porque el reconocimiento convencional de los derechos humanos se ve alimentado y desarrollado por el órgano que está autorizado para interpretar esos derechos. En el caso del sistema regional interamericano de derechos humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos este órgano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que, por ejemplo, en el caso del sistema universal, tratándose del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el órgano autorizado por los Estados para su interpretación es el Comité de Derechos Humanos.

En el caso del sistema interamericano, la jurisprudencia que la Corte Interamericana pasa a ocupar y a desempeñar un rol importante al momento de leer el contenido y el alcance de los derechos humanos el interior de los Estados y ahí aparece, en toda su extensión, tanto normativa como jurisprudencial, el control de convencionalidad. Esto ha conducido a lo que se llama los procesos de internacionalización del derecho interno, es decir, los órganos del Estado, en todos

sus niveles, así como todas las personas, especialmente, las empresas, al momento de actuar, decidir o resolver sobre cuestiones relacionadas con derechos humanos, deben necesariamente tomar en consideración tanto el derecho internacional como el derecho constitucional. La falta de ajuste y adecuación del derecho interno así como la falta de conocimiento y formación en derechos humanos por parte de los agentes del Estado produce algunas dificultades al momento de verificar el cumplimiento del estándar de convencionalidad.

En tercer lugar, cabe destacar el rol relevante que ocupa el juez estatal en la realización efectiva de los derechos humanos y en la tutela judicial de los mismos. Reiteramos que el juez y todos aquellos que intervienen en la administración de justicia se encuentran obligados a respetar los derechos humanos reconocidos tanto en el nivel constitucional como provenientes de las obligaciones internacionales que el Estado ha asumido, teniendo en cuenta la interpretación que de ellos ha hecho el órgano autorizado, tal como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile (2006). En este sentido, el juez interno se convierte en el principal protector de los derechos humanos, esto es, en el juez común de derechos humanos. Este juez interno puede a su vez adquirir el carácter de juez interamericano al velar por el respeto y garantía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considerando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este ámbito, aparece la figura del diálogo entre jueces que luego desarrollaremos.

En cuarto lugar, el reconocimiento y la valoración de la diversidad al interior de las distintas sociedades latinoamericanas, particularmente de la sociedad chilena es un rasgo característico. Se ha identificado como un objetivo constitucional especialmente valioso la diversidad y su protección. La diversidad es un valor que enriquece a la sociedad y por eso que merece especial protección. La diversidad y la identidad cultural, étnica es fuente de enriquecimiento de la convivencia social, del tejido social, y nunca puede ser objeto de prejuicio o menosprecio. En la sociedad chilena se asiste de forma creciente a un reconocimiento social y probablemente constitucional, en la nueva Constitución, de la diversidad étnica y cultural. Basta decir que en el proceso de instalación de la Convención Constitucional, que ocurrió el 4 de julio, se eligió como presidenta de la Convención Constitucional, primero a una mujer,

hecho sumamente relevante para sociedades como las latinoamericanas y segundo, a una mujer Mapuche, es decir, indígena, lo cual lo hace doblemente importante. Todas estas son cuestiones muy simbólicas, representativas de un nuevo estadio de la situación cultural y que probablemente, tendrá un correlato en la nueva normativa constitucional.

Por lo tanto, particular importancia tiene en las sociedades latinoamericanas problemas derivados de la multiculturalidad y, adicionalmente, de la plurinacionalidad. Una versión pasada del constitucionalismo desconocía o ignoraba estas temáticas. Por su lado, las propuestas de abordaje de esta cuestión desde el constitucionalismo liberal eran más bien asimilacionistas, desarrollistas o integracionistas, todo lo cual, se ha revelado insuficiente e inadecuado. En la constitución chilena no hay referencias a los niños, no hay referencias a los derechos de las mujeres, no hay referencia a los derechos de las personas con discapacidad, y, lo más relevante, no hay una palabra sobre la composición del Estado con varios pueblos, y no hay reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Nuestra Constitución aborda la sociedad política como un todo uniforme, sin reconocimiento de las diversidades, particularmente de las diversidades culturales, añadiendo a las diversidades que se han generado en las últimas décadas a propósito de los desplazamientos y movimientos de la población dentro de la región, es decir, de los procesos migratorios y de los desafíos que estos generan además del beneficio del enriquecimiento cultural que esto significa.

Conclusiones

Los procesos democráticos electorales llevados a cabo en Chile durante los años 2020 y 2021 han tenido una tremenda trascendencia. Desde luego, porque ellos se han desarrollado en plena pandemia y crisis sanitaria por lo que tuvieron que afrontar los enormes desafíos que ello implicaba. Afortunadamente, las medidas preventivas adoptadas por las autoridades y el empeño de la población de querer participar en tan relevantes hitos históricos, permitió realizar las votaciones de la manera más normal posible. Los procesos de participación tenían dos grandes ejes clave. Por un lado, se trataba de la votación para decidir si el pueblo de Chile quería

una nueva Constitución o no, y luego, determinar, cuál era el mecanismo deseado para hacerlo. Por otro lado, se trataba de la votación para elegir, por primera vez, los cargos de Gobernadores Regionales, lo que permitiría iniciar un proceso sumamente relevante de devolución del poder político hacia las regiones. También se eligieron los Convencionales Constituyentes, que integrarían el órgano encargado de redactar la nueva Constitución. Los rasgos característicos de estas votaciones son relativamente claros: a) alta participación popular; b) alta participación de los jóvenes; c) En el caso de los Convencionales Constituyentes, alta elección de candidatas mujeres y alta participación de la comunidades indígenas para elegir a sus representantes de los escaños reservados indígenas para la Convención Constitucional. La media de edad de los Convencionales Constituyentes es esencialmente joven.

Estos rasgos característicos básicos dan cuenta de una tendencia constitucional. Muestra los deseos y aspiraciones del pueblo en orden a querer resolver todos los problemas derivados de una sociedad desintegrada e increíblemente inequitativa y desigualitaria. Los resultados muestran un enorme ánimo de querer construir una nueva sociedad, más bien, una verdadera comunidad, unida en torno a valores comunes y compartidos. Estos valores serían el vehículo para alcanzar la cohesión social. La cohesión social requeriría la satisfacción de acuerdo a estándares mínimos de los derechos humanos de todos por igual, tomando en consideración especialmente los grupos vulnerables, histórica y tradicionalmente marginados y excluidos de los procesos de construcción constitucional. Por ello es tan relevante la alta participación de jóvenes, la alta elección de mujeres y la participación de representantes de comunidades indígenas. La cohesión social, tal como demostraban los carteles de los manifestantes durante las movilizaciones de 2019 que empujaron la creación de la Convención Constitucional, requiere, esencialmente, la garantía de un nivel mínimo de protección social, ambiental, cultural. Los rasgos característicos evidenciados en los procesos democráticos de los últimos dos años en Chile son muestra de esta aspiración a una Constitución que transforme la comunidad teniendo como guía la justicia social y ambiental.

13. "PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO"? CANTANDO 'GO YANKEES' NO FENWAY PARK [1]

'DEMOCRATIC CIVIL PROCEDURE'? SINGING 'GO YANKEES' AT THE FENWAY PARK

https://doi.org/10.36592/9786581110642-13

Gustavo Osna [2]

Resumo

O presente artigo analisa um aspecto crítico da relação entre o mecanismo oficial de resolução de disputas: a noção de que estaríamos vivenciando a formação de um "processo civil democrático". Para tanto, apresenta-se primeiramente essa questão e o seu aparente apogeu com o Código de 2015. Na sequência, investiga-se a coerência desse argumento, observando alguns dos aspectos problemáticos ligados à compreensão e à aplicação do ideal da "democracia". Isso leva à constatação de que o nosso processo civil possui um pano de fundo cultural antidemocrático.
Palavras Chave: Processo civil; democracia; participação; cultura.

Abstract

This essay investigates a critical aspect related to dispute resolution: the idea that we are facing a 'democratic' transformation on such field. In this sense, I present, at first, this perception and its theoretical apex provided at Brazilian Law by the Civil Procedure Code of 2015. After that, I investigate the coherence of this element, facing some of its problematic points. This approach leads to the conclusion that our dispute resolution lays on an antidemocratic background.
Keywords: Civil procedure; democracy; participation; culture.

Introdução

No cenário esportivo estadunidense, a rivalidade entre New York Yankees e Boston Red Sox assume protagonismo. Isso faz com que torcer por sua equipe em território adversário desperte imediata desaprovação. Seja gritando Yankees no

[1] O presente artigo foi originalmente publicado em RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 6, 2018. p. 2019-2043.

[2] Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação Stricto Sensu da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/PUCRS. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC. Advogado e Parecerista. gustavo@mosadvocacia.com.br

Fenway Park, seja cantando Sox no Yankee Stadium, o ato irá contrariar uma multidão.

O presente artigo parte desse paralelo para se opor a algo que, também, constitui um coro quase uníssono em nosso atual processo civil: a ideia de que estamos vivenciando uma *guinada democrática* da disciplina. Ao longo dos últimos anos, a assertiva se tornou usual. Ora se falando em *cooperação processual,* ora em *colaboração processual,* não raramente são trazidas variações suaves para se chegar a essa conclusão.

Não obstante, acreditamos que essa leitura depende de algumas indagações prévias. E é a elas que o presente ensaio se destina: o que faria com que o atual desenho do processo se mostrasse mais *democrático*? Essa afirmação confere a devida normatividade à ideia de *democracia*? Há uma real possibilidade de articulação dessas pontas?

Para enfrentar esses problemas, o estudo se divide em três itens. No primeiro, são expostas algumas das principais argumentações que sustentam o eventual enlace entre democracia e resolução de disputas. No segundo, essa questão é problematizada, colocando-se em cheque a própria vagueza aí atribuída ao modelo democrático. Por fim, no último, sustenta-se que há características atuais de nosso sistema processual que tornam essa conjugação (no mínimo) problemática.

1. O "processo civil democrático" e o Código de Processo Civil de 2015

1.1 A pacificação de conflitos e o poder estatal

Para compreender o debate aqui proposto, é essencial ter como premissa que o processo civil não é uma *ilha*; que ele não se estrutura de forma desatenta ao seu ambiente e às necessidades existentes ao seu redor [3]. Sua conformação é predominante *contextual,* sendo permeado por suas condições *culturais*, *legislativas*

[3] CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.
[4] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 55.

e *estruturais*. Com esse dado, forma-se um importante ponto para a compreensão da matéria e o exame de suas modificações[5].

Afinal, por qual motivo países geograficamente próximos atribuem importância tão diversa a um mesmo aspecto procedimental? O que faz com que em algumas localidades a autocomposição possua aplicação mais próspera? É possível alterar a moldura processual sem levar em conta as condições materiais existentes?

Os problemas demonstram que analisar o mecanismo oficial de resolução de disputas exige uma leitura ampla e *proporcional*[6][7]. A perspectiva comparada já oferece exemplos recentes desse enfoque, como a reforma da *Rule of Discovery* estadunidense ou a reconstrução geral das *Civil Procedure Rules* inglesas[8]. Em resumo, é preciso desconstruir o castelo teórico da disciplina, aproximando-a da realidade.

Partindo desse suporte, em um ambiente marcado pelo monopólio jurisdicional, o processo inevitavelmente será também impactado pela *forma* adotada pelo poder público para interagir com a sociedade; haverá uma constante relação entre a *resolução de disputas* e a *gestão do poder*. Essa questão foi exposta com minúcia por Mirjan Damaska, levando-o a, didaticamente, contrapor dois tipos ideais de processo: de um lado, o sistema *hierárquico;* de outro, o modelo *coordenado*[9]. A partir dessa antípoda, seriam percebidas diferenças capazes de impactar o *design* estatal.

Iniciando a análise pelo processo *hierarquizado,* podemos afirmar que a sua guia mestra seria a *separação* entre *profissionais* e *leigos* – conferindo-se, na resolução do conflito, protagonismo apenas aos primeiros. Seja na adoção de parâmetros decisórios, seja na fixação de procedimentos, esse aspecto ditaria o

---

[5] ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 199.

[6] ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.

[7] CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. n.192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 399.

[8] OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual.* São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 98.

[9] DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority.* New Haven: Yale University Press, 1986. p. 16.

ritmo do jogo[10]. Além disso, a própria estrutura jurisdicional seria marcada por uma hierarquia verticalizada. Em cada um desses aspectos, haveria uma mesma preocupação de fundo: a obtenção de previsibilidade e de controle, levando uma (aparente) segurança.

Por outro lado, o modelo *coordenado* seria insculpido a partir de bases diversas. Nele, o tecnicismo não assumiria a mesma relevância, admitindo-se e recomendando-se uma maior interação entre os atores do processo e a comunidade. De forma circular, também existiria uma modificação essencial quanto aos critérios de decisão: se no modelo *hierarquizado* o protagonismo seria dado a parâmetros pré-estabelecidos, o sistema *coordenado* priorizaria as necessidades do caso concreto[11]. Atuaria, enfim, de forma mais horizontal e flexível.

O que, porém, levaria à formação dessas duas perspectivas? Por qual motivo determinados sistemas processuais penderiam para algum dos lados da balança?

Articulando esses elementos, Damaska demonstra que os dois modelos ideais de processo seriam expressão de duas formas, também puras, de organização do próprio Estado. Assim, enquanto um sistema precipuamente *coordenado* refletiria um Estado mais propenso a atuar de forma *dialógica,* o modelo *hierarquizado* teria como referência um poder público de conduta *vertical*[12]. Em qualquer dos casos, a lógica processual refletiria a pintura mais ampla em que se insere.

Dando um passo adiante, reforçamos que essa ligação entre Estado e processo possui respaldo concreto. Em uma aproximação historiográfica, não é exagerado afirmar que a centralização da resolução de disputas pelo poder público *coincidiu* com a própria afirmação do Estado Liberal; que houve, entre os fatores, uma intrincada relação de *causalidade adequada*.

Realmente, ao reconhecermos que a concentração de poderes nas mãos do ente estatal não é uma construção *natural*, notamos que foi precisamente no liberalismo que esse movimento se acentuou[13]. Caracterizou-se uma ruptura com o

[10] DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority.* New Haven: Yale University Press, 1986. p. 19.
[11] DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority.* New Haven: Yale University Press, 1986. p. 24.
[12] DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority.* New Haven: Yale University Press, 1986.
[13] WEBER, Max. A política como vocação. In. GERTH, Hans H. MILLS, Charles Wright (org.) *Ensaios de Sociologia.* Rio de Janeiro: LTC, 2002. p. 56.

desenho *difuso* e *plural* então vigente: se até então a existência de órbitas paralelas de autoridade era plenamente aceitável, a ascensão da figura pública trouxe como corolários a concentração e a exclusão.

Direcionando os olhares especificamente ao campo jurídico, esse movimento levou à subsunção do *Direito* à *lei*; à crença de que apenas os comandos da esfera pública possuiriam juridicidade, configurando um *monismo estatal*[14][15]. Embora em termos materiais essa polarização seja questionável, dada a existência de fatos sociais também em outras esferas[16], ela representou peça chave do período.

Do mesmo modo, também foi aqui que se afirmou o já mencionado monopólio da jurisdição – estabelecendo-se que, além de *criar* o Direito, também incumbiria somente ao Estado *declará-lo*. Como exposto por Ovídio Baptista da Silva "*o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto à criação do direito, seja em nível legislativo, seja em nível jurisdicional*"[17].

Por ter sido desenhado nesse contexto, nosso processo civil do último século também bebeu nas suas fontes. Isso refletiu tanto em sua função quanto em sua estrutura. Nos dois lados, aspectos como a *previsibilidade*, a *segurança* e a *calculabilidade* foram colocados como peças-centrais. Os discursos relacionados ao exercício jurisdicional emolduraram com perfeição esse quadro[18]. *Seeing like a state,* na expressão de James Scott[19].

Essa adequação da disciplina também influenciou a sua geometria interna, levando-a a seguir um percurso fortemente *hierarquizado* – na acepção dada ao termo por Damaska. Além disso, em um Estado voltado a tratar *todos como formalmente iguais*, haveria embasamento para um distanciamento entre o agente

---

[14] GROSSI, Paolo. *Primeiras Lições sobre o Direito.* Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30.
[15] HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Lisboa: Almedina, 2012.
[16] DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico.* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007. p. 02.
[17] SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000. P. 23.
[18] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 29.
[19] SCOTT, James L. *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed.* New Haven: Yale University Press, 1998.

jurisdicional e os litigantes; a questão constituiria um postulado de *neutralidade*, sendo assim desejável.

O cenário desencadeou uma construção *assimétrica* do processo, na qual caberia ao magistrado o papel de protagonista. Em última análise, seria ele o responsável pela "*declaração da vontade da lei ao caso concreto*"[20]– avaliando o material probatório, aferindo as alegações e adimplindo a "*promessa prevista na legislação*"[21].

Embora essa carga ideológica tenha sofrido modificações funcionais ao longo do último século – levando à defesa de que incumbiria à jurisdição conferir uma *efetiva* proteção dos interesses materiais[2223] - o avanço instrumental não trouxe efeitos diretos no arranjo interno do processo. Pelo contrário, atribuindo ao magistrado a condição de sujeito constitucional e o obrigando a agir com firmeza nesse sentido, também seriam redimensionados seus poderes-deveres – em um caminho que poderia reforçar seu solipsismo.

1.2 O novo Código de Processo Civil e o seu modelo "democrático"

Ao longo dos anos, porém, essa disparidade passou a ser gradativamente posta em debate. A crítica possuiu como ponto central a ideia de que, atualmente, um modelo em que o magistrado atuasse de forma *isolada* e *estranha* às partes não seria desejável. Caberia ao processo civil zelar também por esse aspecto; diante do inevitável pêndulo entre os seus *meios* e os seus *resultados*[2425], seria preciso atribuir maior importância aos primeiros. Foi nessa jornada que a menção à "*democracia*", como possível baliza de adequação, tornou-se comum.

Diferentes argumentos, situados em perspectivas também diversas, contribuíram para essa jornada. Sob o prisma filosófico, por exemplo, as principais

[20] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922. p. 349.
[21] CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958. p. 40.
[22] DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 116.
[23] MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
[24] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* v.1. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 160.
[25] BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 189.

peças inseridas no quebra-cabeça foram a problematização da própria noção de *verdade* e o reconhecimento de que um mesmo texto legal admite diferentes *interpretações*[26]. Nas duas pontas, surgiria um novo leque de dúvidas para a matéria.

Afinal, se um mesmo enunciado oportuniza diferentes conclusões, seria adequado que o magistrado agisse em *isolamento* para impor sua própria leitura? Dada a dificuldade (ou a real impossibilidade) de reconstrução dos fatos pretéritos, seria adequado que pudesse atuar sem *considerar seriamente* as alegações e as provas expostas pelos litigantes?

Por qualquer das vias, o modelo tradicional de processo é posto na linha de tiro. Defende-se a aproximação entre os seus atores, procurando atribuir ao autor e ao réu da disputa uma maior capacidade de influência e de debate.

Além disso, e com especial importância para as atuais finalidades, também se passou a argumentar que uma estrutura *desequilibrada* da resolução de conflitos não seria compatível com os novos cânones de legitimidade da esfera pública. Sendo assim, e considerando a natureza contextual do processo, seria imprescindível sua reconstrução.

Embora essa percepção não tenha sido exclusividade da realidade brasileira, ela repercutiu na nossa doutrina. Primeiramente, sob a ideia de *formalismo-valorativo*[27]. Na sequência, com discursos acadêmicos de viés mais *cooperativo* ou *colaborativo*[28]. Em qualquer dos casos, procurou-se alterar o *desenho* do processo, em uma orientação mais simétrica; avizinhar os seus sujeitos, conferindo maior relevância aos litigantes.

Cristalizando essa ideia, chega-se a afirmar que, nesse sistema, os atores processuais (autor, réu e juiz) comporiam uma verdadeira *comunidade de trabalho*. Embora o litígio se pautasse em interesses contrapostos, deveria haver um interesse comum em garantir a devida atuação jurisdicional. Como consequência, seriam necessárias condutas mais leais e com maior coordenação.

---

[26] SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a Lawyer – A new introduction to legal reasoning.* Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 190.
[27] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.
[28] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p.77.

Em termos normativos, essa ideia chegou ao seu apogeu na realidade brasileira com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque vários dos seus postulados foram encampados pela legislação.

Um primeiro item que simboliza essa questão é o fato de o novo Código, de maneira inovadora em nosso ordenamento, ter estabelecido em seu art. 190 uma *permissão geral* para a celebração de negócios jurídicos processuais. Em termos breves, trata-se de acordos por meios dos quais as partes modificam, alteram ou derrogam regras procedimentais inerentes à sua disputa[29]. A ideia já recebeu importantes análises no âmbito comparado[3031]. Por meio dela, procura-se *empoderar* as partes da disputa.

Da mesma forma, também poderia ser mencionada a exigência *rigorosa* de contraditório prévio trazida no art. 10 do Código. Refletindo uma preocupação com as ditas "decisões-surpresas", a disposição impõe um constante *dever de consulta* às partes para que se decida a respeito de qualquer questão (mesmo que cognoscível de ofício). Reconhece-se a *primazia* do diálogo: embora incumba ao julgador o acertamento do conflito, é defeso que o faça sem ouvir de maneira criteriosa as suas diferentes perspectivas[32].

Enfim, foi a partir desse arranjo que, desde o início de tramitação do novo diploma, costumou-se colocar a *democracia* como sua pedra-angular. Com viés de legitimação, salientou-se usualmente que o texto possuiria a virtude de ser a primeira legislação brasileira ligada à matéria aprovada em um contexto *democrático*. A aproximação entre os sujeitos do litígio refletiria essa questão, mostrando-se poderosa para esse fim.

Em nossa visão, contudo, essa afirmação não pode ser aceita sem passar por algumas questões cruciais. Com elas, encerramos o presente capítulo.

---

[29] ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.145.

[30] CAPONI, Remo. Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 99.

[31] CADIET, Loic. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008. p.7.

[32] MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 102.

Afinal, esse modelo de processo efetivamente se mostra mais *democrático*? Que atributos inerentes a uma democracia corroboram essa questão? Essa relação não encontra gargalos ou pontos-cegos?

2 O "problema" da democracia

2.1 "Democracia": um conceito e muitas visões

As provocações acima levam a um primeiro desafio, de precedência necessária: compreender o que se pode entender, hoje, por *democracia*. Assim como só é possível determinar se uma música é ou não *samba* caso se defina o que é *samba*, só é viável cravar se o processo *é* ou *não democrático* caso se estabeleça o que é *democracia.* Em resumo, o teste de adequação não pode ser aplicado sem que se estabeleça seu conteúdo.

Ocorre que, respeitosamente, já aqui a noção de *democratização* do processo civil parece encontrar um nó. E isso porque acreditamos que ela *subestima* um problema profundo e espinhoso; toma como *genérico* algo que está longe de possuir esse grau de vagueza.

De fato, um exame criterioso demonstra que a que a noção de *democracia* vem sendo essencialmente debatida - em um processo marcado por disparidades ideológicas e por leituras mais ou menos amplas. O caminho é repleto de dilemas[33].

Que tipo de elemento seria determinante para a composição de um sistema democrático? Quais as peças essenciais para essa engrenagem? Seria possível descartar necessidades contextuais, defendendo a aplicação transnacional de um único modelo?

As dúvidas não admitem respostas simples. Na verdade, sua análise leva a uma trilha repleta de possibilidades, exigindo escolhas e delimitações.

Nessa jornada, em determinado momento foi comum caracterizar a *democracia* como um sistema particularizado, essencialmente, por seu *processo eleitoral*. Sob esse prisma, os pontos determinantes para que um modelo fosse

[33] SARTORI, Giovanni. *O que é democracia?.* Curitiba: Instituto Atuação, 2017. p. 23.

democrático seriam a possibilidade de ir às urnas e a higidez na agregação de votos; a existência de estruturas formais que transferissem legitimidade popular aos representantes.

Ocorre que já nesse primeiro aspecto há espaço frutífero para o debate. Ao longo das últimas décadas, tem-se sustentado que mesmo as *eleições*, para serem *democráticas,* exigiriam atributos que excedem o sufrágio. Conferindo maior complexidade ao problema, entrariam em cena aspectos ligados à *pluralidade* e à *paridade* da disputa [34].

Em um cenário marcado por limitações excessivas à candidatura, haveria uma verdadeira possibilidade de representação? A idoneidade do fenômeno eleitoral não seria abalada por elementos como a discrepância de verbas para campanha? Qual o papel da mídia nesse jogo?

Em cada um dos pontos, o que se vê é que falar atualmente em *eleições democráticas* pode trazer desafios em diferentes trincheiras. Como consequência, torna-se incorreto encarar a questão com olhar de simplismo.

Além disso, o traçado do último século também fez com que passassem a ser inseridos no conceito de *democracia* aspectos que vão além do processo eleitoral. A partir desse movimento, tópicos como a participação, o *accountability* e a cultura democrática assumem posição de destaque no tabuleiro. A possibilidade de *interação* e de *controle* passa a ser usualmente inserida no *cerne* do sistema democrático, tornando-o ainda mais desafiador.

A conclusão é atingida no âmbito doutrinário a partir de diferentes caminhos, como a impossibilidade de que a Administração se legitime apenas por seus *outputs*[35] ou a vinculação implícita entre o seu capital e a sua responsividade[36]. Por qualquer deles, o que se vê é que o diálogo e o debate assumem uma nova função catalizadora; encampa-se a defesa de um modelo de esfera pública que não apenas impõe, mas que também ouve e compõe.

---

[34] ELKLIT, Jørgen. SVENSSON, Palle. What Makes Elections Free and Fair?. In. *Journal of Democracy*. v.8. Baltimore: NED, 1997. p.32.

[35] OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista.* Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 224.

[36] PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community.* New York: Simon & Schuster, 2001.

A esse caldo, soma-se ainda outro tempero especial: a *cultura democrática*. Conforme notado por teóricos como Bo Rothstein[37], esse aspecto é elementar à própria possibilidade de participação; representa uma condição preliminar, impactando qualquer tipo de interação entre governantes e governados.

Em síntese, como alguém pode *controlar* a esfera administrativa sem possuir o devido *conhecimento* a respeito das suas atividades? É possível que a participação seja efetiva sem que esse elemento esteja presente? Nesse arranjo, qual o papel desempenhado pela *confiança* nas instituições?

Os aspectos demonstram que o pano de fundo *cultural* pode representar condição *sine qua non* para a afirmação de qualquer sistema democrático. É trazida mais uma curva para um percurso tortuoso e repleto de oscilações.

2.2 O declínio democrático e o processo civil

A indefinição descrita no tópico anterior, tornando opaco o que a democracia é, não tem se mostrado um complicador unicamente por motivos acadêmicos. Na verdade, sua principal consequência é concreta: o risco de que o debate *conceitual* obscureça os dilemas inerentes ao projeto *democrático*.

A preocupação com esse aspecto é reforçada ao recordarmos que o atual momento da democracia é usualmente descrito como de relativa *recessão*[38]. Em poucas palavras, afirma-se que, ao mesmo tempo em que deixou de haver uma expansão de modelos concebidos como *democráticos*, sistemas que já possuíam essa solidez foram colocados na linha de tiro. Acendeu-se uma luz amarela, exigindo cautela.

O cenário cotidiano não é modesto em exemplos desse movimento. Seja pelo avanço de discursos autoritários, seja pela dificuldade enfrentada em ambientes ditatoriais, verificam-se pontos de atenção. Mais que isso, as estratégias de *soft power* voltadas ao avanço autoritário parecem cada vez mais avançadas, exigindo

[37] ROTHSTEIN, Bo. *Social Traps and the Problem of Trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
[38] SCHMITTER, P. Crisis and Transition, but Not Decline. In. *Journal of Democracy*. v.26. Baltimore: NED, 2015. p. 33.

uma postura ativa da própria sociedade civil[39].

As tentativas de aferição empírica da democracia também corroboram esse problema. Como exemplo, na última avaliação trazida pela The Economist Inteligence Unit (por meio de seu Democracy Index) foi verificada uma estagnação no nível democrático. Também caminham nesse sentido os dados de outras entidades ligadas ao tema, como a Freedom House ou o Latinobarómetro. Em todos eles, a performance democrática é colocada em cheque.

Na mesma linha, o palco também tem sido marcado pelo avanço de outro elemento: os chamados regimes *híbridos*[40]. Por mais que o tema seja complexo e enseje diferentes debates, amplia-se com isso o risco de que se valorizem *democracia de fachada*; de que a mera existência de mecanismos *formais* de participação ou de controle seja tida como suficiente, deixando-se de lado a possibilidade *concreta* de sua utilização.

Como, porém, é possível alterar esse percurso? De que forma a recessão democrática pode ser contornada?

Para enfrentar esses desafios, um primeiro ponto a ser lembrado é a advertência de Sartori: embora o debate conceitual relacionado à democracia seja contínuo, é necessário resgatar a sua *força normativa*; é preciso zelar pela sua concretização e evitar abusos retóricos[41].

Nesse processo, poderiam surgir ainda outras dúvidas. O *modelo democrático* pode se impor de maneira homogênea em diferentes localidades? É possível defender sua importação de modo padronizado?

Aqui, embora o ideal democrático possa ser visto como um valor universal *per si*[42], consideramos que sua aplicação deve passar por aspectos contextuais. Em resumo, defender a democracia parece exigir a fixação de um conteúdo mínimo necessário, a ser enriquecido por aspectos contingenciais. O caminho oposto esbarraria nas críticas já dirigidas por Trubek e Galanter à lógica de modernização,

[39] SHARP, Gene. JENKINS, Bruce. *The Anti-Coup*. Boston: The Albert Einstein Institution, 2015.
[40] ARCHETTI, Fernando Belmonte. Regimes Autoritários e Regimes Híbridos: Velhos Fenômenos, Novas Dinâmicas. In. *Revista de Ciências do Estado.* n.2. Belo Horizonte: UFMG, 2016. p. 17.
[41] SARTORI, Giovanni. *O que é democracia?.* Curitiba: Instituto Atuação, 2017. p. 273.
[42] DIAMOND, Larry. *O Espírito da Democracia.* Curitiba: Instituto Atuação, 2015. p. 23

impactando todo o discurso do *law and development*[43].

Por fim, há um último aspecto a ser aqui destacado. É que, de acordo com Diamond, a *crise* da democracia pode representar uma oportunidade valiosa para o seu *fortalecimento*. O momento de inflexão seria oportuno para articular uma contraofensiva, procurando alternativas atualizadas para a afirmação do modelo[44].

Como, porém, o processo civil pode se inserir nesse jogo? De que modo ele dialoga com esses aspectos?

A partir desse tipo de indagação, notamos que utilizar a *democracia* para *legitimar* determinadas opções processuais, sem realizar um acoplamento entre as peças, pode constituir um caminho essencialmente retórico; sem esse ajuste, é inviável falar firmemente em *processo civil democrático*.

Afinal, as previsões procedimentais do Código de 2015 tidas como afirmações *democráticas* realmente possuem esse atributo? Questões como a necessidade radical de contraditório prévio apresentam por si só esse condão? É suficiente afirmar que a nova lógica (pretensamente) cooperativa aproxima a resolução de disputas e a *democracia*?

Resgatando a introdução do presente ensaio, é precisamente aqui que consideramos necessário cantar Yankees no Fenway Park. Isso porque parece existir em nossa academia o senso comum de que as respostas seriam positivas; de que, verdadeiramente, o modelo processual estabelecido pela legislação de 2015 possuiria aptidão para a *democracia*.

Não obstante, argumentamos em sentido contrário. Em nossa visão, o sistema processual brasileiro possui uma *essência antidemocrática* - seja na vigência do atual diploma ou da legislação anterior. Sustentar o contrário parece flertar com a armadilha de ilusão diagnosticada por Bourdieu: por estar imerso no processo, seu estudioso é incapaz de notar o quão *excludente* o campo se tornou[45]. Como visto por

---

[43] TRUBEK, David. GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. In. *Wisconsin Law Review*. n.4. Madison: Wisconsin University Press, 1974.
[44] DIAMOND, Larry. *O Espírito da Democracia.* Curitiba: Instituto Atuação, 2015. p. 24.
[45] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico.* Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

Chase, a percepção é tão limitada quanto a de um peixe tentando descrever o seu próprio aquário[46].

Articulando esse argumento, não discordamos que o novo Código tenha procurado reajustar o *design interno* da resolução de disputas. Na verdade, esse parece ter sido o seu verdadeiro *leitmotiv*. Contudo, não acreditamos que isso permita que nosso modelo de resolução de disputas seja alcunhado de *democrático*. Atualmente, essa conjugação corresponde a *conciliar* o que é *inconciliável*, já que o problema é precedente e cultural.

É assim que, por inúmeros aspectos, empregar em nossa realidade o conceito de *processo civil democrático* é tentar unir as peças de quebra-cabeças diversos. É necessário superar a apatia e reconhecer essa premissa - compreendendo que, se a meta é efetivamente *democratizar* o processo, não serão modificações pontuais que a alcançarão. No capítulo seguinte, embasaremos com maior clareza essa afirmação.

3 O Processo civil não é democrático

3.1 Processo civil, linguagem e rituais: o tecnicismo e a exclusão

Se sustentar que o processo civil brasileiro *não é democrático* representa cantar Yankees no Fenway Park, é necessário que existam fundamentos suficientes para isso. No presente tópico, destacamos os primeiros deles: a natureza *tecnicista* de nossa resolução de disputas e o seu consequente caráter *excludente*.

Esse pilar pode ser facilmente identificado na realidade brasileira. É que, por meio de sua visão panorâmica, notamos com clareza que o processo civil assumiu *linguagens*, *rituais* e *práticas* bastante específicas; tornou-se um campo com idiossincrasias incompreensíveis para o a maior parcela da comunidade. Como consequência, alcunhá-lo como *democrático* se torna (no mínimo) questionável.

Afinal, o que são "embargos infringentes"? Quais os sentidos de termos como

[46] CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014. p. 57.

"data venia" ou *"a quo"*? Em que consiste a possibilidade de "agravo regimental"? O que representa "preclusão", e qual o seu impacto no direito de produzir provas? Como e quando é viável pleitear a reforma de determinada decisão judicial? Por qual motivo alguns recursos são interpostos diretamente no Tribunal?

Verificando uma a uma as indagações, assume nitidez que as suas respostas estão fora do nosso léxico cotidiano. Em síntese, a linguagem e o modo de agir inerentes à resolução de disputas encontram-se afastados da realidade geral – razão pela qual, para a maior parte da população são vistos com estranhamento.

Diante disso, considerando a importância do viés *cultural* para um ecossistema democrático, como nossa atual resolução de disputas poderia se adequar a esse contexto? Os seus rituais e as suas peculiaridades são facilmente cognoscíveis? Há as premissas necessárias para uma efetiva participação?

Em síntese, a complexidade dada ao processo, repleta de ritualismos, forma um quadro *excludente* e levanta uma parede intransponível entre o *leigo* e o *técnico*. O campo jurídico assume capital próprio, fazendo com que esse afastamento seja diariamente endossado: o jurista *apreende* o Direito dessa forma, e a *reforça* em sua atuação.

Percebendo esse problema, Bourdieu assim destaca: "*a instituição de um <espaço judicial> implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social.*" E, na compreensão do autor, o fenômeno em nada seria acidental – constituindo uma estratégia social de poder. Isso porque "*o desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num <justiciável>, quer dizer, num cliente, e a visão científica* (...) *é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo*"[47].

Como decorrência, o processo se converte em um desenho incompreensível para a maior parte da comunidade. Conforme notado por Hespanha, "*o direito*

[47] BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico.* Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989. pp. 225-226.

aparece como uma esfera relativamente autónoma (...) isto é frequentemente realçado, tanto quando se refere o modo como os juristas resistem a adoptar conceitos estranhos à sua própria maneira de pensar e de falar, como quando se sublinha como eles cultivam um espírito corporativo". Dessa forma, seria possível exercer o "*monopólio de um saber decisivo sobre a vida quotidiana*"[48].

Para exemplificar esse aspecto, vale lembrar brevemente um caso que assumiu relativa notoriedade em nossos Tribunais: a ação civil pública, proposta pela Associação Paranaense de Defesa dos Consumidores, que questionou o empréstimo compulsório de valores de combustível praticado durante algum período pela União Federal. Naquela ocasião, a medida foi julgada procedente, proferindo-se condenação genérica contrária ao ente público e permitindo o manejo das subsequentes execuções individuais.

Ocorre que, após o seu trânsito em julgado, a União ingressou com ação rescisória voltada à desconstituição da sentença coletiva. Para tanto, argumentou que a associação responsável pelo seu manejo não possuiria legitimidade *ad causam* para o feito, diante de seu objeto de atuação. E essa tese prosperou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, após passar por um exaustivo percurso.

Considerando esse cenário, a visão trazida no presente tópico acaba transparecendo de forma cristalina. É que, por mais que o debate processual em questão possuísse relevância para um número amplo de sujeitos, o seu deslinde e o seu vocabulário certamente são *ininteligíveis* para a maioria. A decisão final do litígio, segundo a qual são "*incabíveis embargos infringentes de acórdão não unânime em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento* (...) *que tão-somente dá provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente a ação rescisória*", é ilustrativa dessa questão.

Enfim, essas considerações demonstram que, caso não proponha uma ruptura profunda, qualquer discurso que queira conceber o *processo civil* como um campo *democrático* estará ontologicamente limitado. Trata-se de consequência direta da sua natureza *profissionalizada*, retroalimentada pela sua própria atuação; de uma escolha que não pode ser concebida como *correta* ou *natural,* mas que impõe um

[48] HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Lisboa: Almedina, 2012. pp. 306-307.

preço inevitável.

3.2 Agência e representação obrigatória: a inacessibilidade ao processo

Se o item anterior já demonstra a inidoneidade de se falar em *processo civil democrático* – tendo em vista o *déficit cognitivo* originado pelo tecnicismo da disciplina– há também outro ponto a ser acrescido a esse caldo: o *limite formal* imposto em nossa resolução de disputas à própria participação. Isso porque, como regra, ao ingressar no processo o indivíduo deverá ser *obrigatoriamente representado* por um *profissional*. E, para agravar esse quadro, n*ada* assegura que essa representação será desempenhada de maneira fiel[49].

Para exemplificar a questão, pensemos na seguinte hipótese: em demanda indenizatória envolvendo "P" e "E", são constituídos como advogados, respectivamente, "A" e "L". Nesse sentido, imaginemos que "A" e "L" celebram termo de acordo que lhes é amplamente favorável, mas que não atende *nem* ao interesse de "E" e *nem* ao interesse de "P". Em tal circunstância, a prática seria aceitável? Como evitar esse tipo de situação?

É certo que o exemplo possui natureza extrema. Contudo, mesmo em hipóteses mais sutis a possibilidade de afastamento entre *representante* e *representado* estará *sempre* presente. Eis a importância de se notar que quem *atua* no processo *não* são as partes. Ao reconhecer essa essência, percebe-se que o risco de desalinhamento de interesses compõe a sua ordem do dia e que há aqui um *vínculo de agência* - recomendando a adoção de alternativas capazes de controlar essa situação.

Recuando um passo para elucidar o tema, a noção de "agência" encontrou uma de suas observações preliminares na obra de Berle e Means, servindo de suporte para a investigação da cisão entre "propriedade" e "poder de decisão" no âmbito societário[50]. Mais recentemente, a questão recebeu operabilidade e contornos renovados no pensamento de Jensen e Meckling, reconhecendo-se que a delegação

[49] RESNIK, Judith. *Processes of the Law – Understanding Courts and Their Alternatives.* New York: Foundation Press, 2004. p. 7.
[50] BERLE, Adolf A. MEANS, Gardiner C. *The modern corporation & private property*. New York: Harcourt, Brace & World, 1932.

de poderes gerenciais entre dois indivíduos ("principal" e "agente") tenderia a configurar uma relação de agência e a gerar riscos inerentes a essa estruturação[51].

De modo geral, o dilema residiria na potencialidade de que essa bipartição ocasionasse conflitos de interesse, impondo custos (*agency costs*) capazes de atenuar esses desvios. Em termos simples e exemplificativos: se "D" contrata "F" como administrador de sua empresa, há a expectativa de que esse "agente" aja em favor do "principal" (*in casu*, o contratante). Porém, em termos materiais esse anseio pode não se confirmar, razão pela qual caberá a "D" despender esforços para maximizar a fidelidade do contratado.

Ainda que a teoria possua desdobramentos mais complexos, suas linhas centrais clarificam os riscos inerentes à agência. Em resumo, a cisão faz com que entrem em cena diferentes esferas de interesses, capazes de colidir[52]. E é necessário reconhecer que esse hiato também se faz presente no processo[53].

Realmente, em nossa atual realidade se tornou trivial que, após a existência de algum conflito com impacto jurídico, o percurso "naturalmente" adotado seja o de um escritório de advocacia. É ali que os envolvidos se cercarão das informações necessárias sobre as vantagens e as desvantagens do litígio - sendo razoável que o próprio advogado guie essa tomada de decisão. Afinal, é ele quem conhece as regras do jogo, podendo antever as disposições aplicáveis ao caso e condicionar as expectativas dos envolvidos.

Essa conjuntura se acentuará ainda mais após a propositura da demanda. A partir desse momento, apenas o advogado conhecerá os próximos passos a serem tomados. Vigorará entre ele e o seu cliente um ambiente de absoluta assimetria e dependência, fazendo com que o *profissional* passe a ser o verdadeiro jogador.

É certo que, a princípio, essa situação poderia contribuir para a equiparação entre as partes da demanda, especialmente em situações que colocassem em lados opostos litigantes contumazes e litigantes eventuais. É que, como percebido por

---

[51] JENSEN, Michael. MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In. *Journal of financial economics*, v. 3, n.4. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1976. p. 310.
[52] EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: an Assessment and Review. In. *The Academy of Management Review*. v.14. New York: Academy of Management, 1989. pp. 54-76.
[53] BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 96.

Galanter[54], a disparidade entre as duas categorias faria com que os primeiros ("*repeat players*") assumissem superioridade perante os segundos ("*one shooters*"): por estarem mais habituados ao processo, tenderiam a utilizar sua expertise para antecipar riscos, para criar aberturas institucionais e para estabelecer melhores estratégias. E, em princípio, esse risco seria reduzido no momento em que houvesse representação profissional de ambos os lados - já que o advogado seria ele próprio um litigante habitual.

Ocorre que, conforme notado pelo próprio Galanter[55], essa equiparação seria relativa – já que nem todos os advogados possuiriam o mesmo grau de aprimoramento, de influência e de especialização. Além disso, também não haveria uma necessária similitude entre o grau de fidelidade com que cada um perseguiria os interesses de seu cliente.

Não seria possível que determinado advogado deixasse de aceitar a celebração de certo acordo, pautando-se em seu próprio interesse? Da mesma forma, não seria razoável que, diante da hipótese de parcelamento voluntário, orientasse o cliente a assumir os riscos da demanda, vislumbrando com isso obter uma melhor contratação? Não seria crível que apresentasse eventual recurso, ainda que o seu cliente estivesse propenso a se conformar com a decisão?

Embora esse tipo de hipótese não seja desejável, o mundo dos fatos não permite que se exclua de forma imediata sua ocorrência. Cria-se, com isso, um novo complicador para toda tentativa de conceber o processo como "*democrático*".

Resumindo esse ponto, o que se vê é que também por aqui o argumento não parece dispor da necessária concretude. Afinal, além de *incompreensível* para a maioria, o palco da resolução de disputas sequer é facilmente *acessível*. Nesses termos, defender a reestruturação do *design* interno do processo, em sentido mais horizontal, *não* representa atribuir maior poder às partes – mas aos seus representantes, mantendo uma lógica de exclusão.

---

[54] GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975. Pp. 97-104.
[55] GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975. p. 114

Conclusão

O presente estudo procurou problematizar a ideia, hoje corriqueira, de que vivenciamos um *avanço democrático* em nosso direito processual civil. Por mais que diferentes vozes venham se unindo nesse sentido, consideramos necessário bradar em sentido contrário; cantar Yankees, no Fenway Park.

Em síntese, o argumento não parece notar a complexidade que permeia a ideia de *democracia* – deixando de lado uma análise densa de adequação. A adjetivação, assim, acaba sendo genérica; não se investiga como o processo civil, em um momento de recessão do sistema *democrático*, pode ou deve verdadeiramente se amoldar.

Colocando essa problematização maior como pano de fundo, consideramos que nossa atual resolução de disputas é essencialmente *excludente*. Seja pelo seu discurso técnico, seja pela sua lógica de representação obrigatória, a disciplina não caminha em dimensões de *cognição* ou de *participação* compatíveis com algo que se proponha *democrático*. A incoerência salta aos olhos, exigindo ceticismo e atenção.

Referências Bibliográficas

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil.* São Paulo: Saraiva, 1997.

ARCHETTI, Fernando Belmonte. Regimes Autoritários e Regimes Híbridos: Velhos Fenômenos, Novas Dinâmicas. In. *Revista de Ciências do Estado.* n.2. Belo Horizonte: UFMG, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the 'pan-procedural' approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BERLE, Adolf A. MEANS, Gardiner C. *The modern corporation & private property*. New York: Harcourt, Brace & World, 1932.

BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico.* Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

CADIET, Loic. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. n.192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Ed. RT, 2011.

CAPONI, Remo. Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958.

CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority.* New Haven: Yale University Press, 1986.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989.

DIAMOND, Larry. *O Espírito da Democracia.* Curitiba: Instituto Atuação, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* v.1. São Paulo: Malheiros, 2005.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico.* Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

ELKLIT, Jørgen. SVENSSON, Palle. What Makes Elections Free and Fair?. In. *Journal of Democracy.* v.8. Baltimore: NED, 1997.

EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: an Assessment and Review. In. *The Academy of Management Review*. v.14. New York: Academy of Management, 1989.

GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.

GROSSI, Paolo. *Primeiras Lições sobre o Direito.* Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Lisboa: Almedina, 2012.

JENSEN, Michael. MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In. *Journal of financial economics*, v. 3, n.4. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil.* São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista.* Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual.* São Paulo: Ed. RT, 2017.

PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community.* New York: Simon & Schuster, 2001.

RESNIK, Judith. *Processes of the Law – Understanding Courts and Their Alternatives.* New York: Foundation Press, 2004.

ROTHSTEIN, Bo. *Social Traps and the Problem of Trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SARTORI, Giovanni. *O que é democracia?.* Curitiba: Instituto Atuação, 2017.

SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a Lawyer – A new introduction to legal reasoning.* Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHMITTER, P. Crisis and Transition, but Not Decline. In. *Journal of Democracy.* v.26. Baltimore: NED, 2015.

SCOTT, James L. *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed.* New Haven: Yale University Press, 1998.

SHARP, Gene. JENKINS, Bruce. *The Anti-Coup*. Boston: The Albert Einstein Institution, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000.

TRUBEK, David. GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. In. *Wisconsin Law Review*. n.4. Madison: Wisconsin University Press, 1974.

WEBER, Max. A política como vocação. In. GERTH, Hans H. MILLS, Charles Wright (org.) *Ensaios de Sociologia.* Rio de Janeiro: LTC, 2002.

14. REFLEXÕES SOBRE A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CIVIL CONTEMPORÂNEA

TALKING ABOUT THE NEW MEANINGS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE IN THE CONTEMPORARY CIVIL JUSTICE CONTEXT

https://doi.org/10.36592/9786581110642-14

Luis Alberto Reichelt[1]

Resumo
O presente estudo propõe-se a apresentar um panorama a respeito das novas significações associadas ao conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito da justiça civil contemporânea.
Palavras-chave: Processo Civil – Direito Constitucional – direitos fundamentais – acesso à justiça.

Abstract
he present study intends to show a landscape of ideas on new meanings related to the fundamental right to access to justice in contemporary civil justice perspective.
Keywords: Civil Procedure – Constitutional Law - fundamental rights – access to justice.

1 Introdução

Não é exatamente novo o debate a respeito de renovação do significado do conteúdo do direito ao acesso à justiça. A pesquisa consolidada no célebre relatório de Mauro Cappelletti e Bryant Garth[2] é uma fotografia fiel de uma realidade dinâmica em constante transformação, de modo que sempre importante que o tema seja revisitado.

O horizonte contemporâneo revela, por sua vez, importantes ressignificações até então não consideradas naquela fotografia. O presente trabalho propõe-se, nesse

[1]. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS). E-mail: Luis.reichelt@pucrs.br
[2] A versão em português foi publicada em CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

sentido, a examinar algumas das principais faces dessa reinvenção semântica. Nesse sentido, investigar-se-á, em primeiro lugar, de que forma a ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça se dá para além do alcance de direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional, para, mais adiante, propor uma reflexão sobre desdobramentos em direção de uma das faces deste último, qual seja o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e eficiente. Tecer-se-á, depois, considerações a respeito do redesenho do direito fundamental ao acesso à justiça em função da incorporação de novas tecnologias pelo Poder Judiciário no exercício de suas funções, bem como da ressignificação associada a atividades em sede de controle de constitucionalidade, de elaboração e aplicação de padrões decisórios e de atuação jurisdicional no bojo de processos estruturais.

2 Direito fundamental ao acesso à justiça e direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional: pontos de convergência e distinções necessárias

Uma primeira ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça é a que envolve a consideração de um movimento em direção à incorporação de outras ferramentas destinadas à solução de litígios para além do alcance do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional conforme consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Nesse sentido, é considerável o avanço desde o advento da Resolução CNJ nº 125/2010, que introduziu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, segundo a qual aos órgãos jurisdicionais incumbe, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial aqueles tendentes à obtenção de respostas construídas de maneira consensual, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão[3].

O ponto é relevante na medida em que permite colocar em destaque, primeiro de tudo, a circunstância de que o direito fundamental ao acesso à justiça tem sua

[3] Para uma leitura adequada em relação ao panorama normativo brasileiro citado em relação ao tema, e até com considerações sobre uma realidade mais ampla, ver, por todos, TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 6ª edição. São Paulo: Mètodo, 2021. p. 271 e seguintes.

fundamentalidade formal justificada na circunstância de ser ancorado nos dispositivos constitucionais que dispõem sobre uma de suas faces, que é a relativa à atuação do Poder Judiciário. A afirmação estampada no art. 5º, XXXV do texto constitucional, no sentido de que o Poder Judiciário, mediante o exercício da jurisdição, apreciará alegações de lesões ou ameaças a direitos sempre que provocado, juntamente com as disposições constantes a partir do art. 92 com vistas à estruturação do Poder Judiciário com vistas à oferta das prestações com as quais está comprometido, revelam uma das faces de um fenômeno maior e mais complexo, que restou devidamente densificado pelo legislador infraconstitucional, qual seja a concepção de um sistema articulado destinado à solução de conflitos e/ou o reconhecimento de direitos.

A articulação projetada pelo legislador vai, contudo, além da previsão constitucional. Isso pode ser visto, em primeiro lugar, na medida em que se considera a possibilidade de que outros atores concorram com os órgãos do Poder Judiciário com vistas à obtenção dos mesmos resultados por ele perseguidos. O legislador sinaliza no sentido de que árbitros (art. 3º, § 1º do Código de Processo Civil, na trilha do antes estabelecido na Lei nº 9.307/1996) também exercem jurisdição – ainda que se reconheça, em verdade, limites impostos pela lei específica aplicável àqueles atores que não precisam ser respeitados por juízes[4]. Da mesma forma, o mesmo legislador anota que mediadores e conciliadores (art. 3º, § 2º do Código de Processo Civil, que merece leitura conjunta com o disposto na Lei nº 13.140/2015) são personagens que ombreiam com os magistrados na tarefa de trabalho com vistas à oferta de soluções consensuais, não obstante linhas depois (art. 165 e seguintes do Código de Processo Civil) o mesmo avanço não se sinta tão forte na medida em que tratados como meros *auxiliares do juízo*. A possibilidade de a possibilidade de reconhecimento extrajudicial de usucapião contemplada no art. 216-A da Lei 6.015/1973, introduzido pelo art. 1.071 do Código de Processo Civil[5], bem como de

[4] Sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, ver as considerações feitas por CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, especialmente p. 272 e seguintes e FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 115 e seguintes.

[5] Nas palavras de Fernando Gajardoni, "*a previsão legal da usucapião extrajudicial segue uma lentíssima tendência do direito brasileiro em autorizar, nos casos onde haja consenso, a solução extrajudicial da questão. Isso ocorreu com a Lei n.º 10.931/2004, que autorizou as retificações*

utilização de escritura pública para fins de realização de inventário e a partilha de bens (art. 610, § 1º do Código de Processo Civil)[6] e de separação e divórcio consensuais, ou, ainda, de extinção consensual de união estável (art. 733 do Código de Processo Civil)[7] em âmbito extrajudicial também coloca tabeliães e notários como atores dignos de destaque nesse mesmo cenário.

Uma segunda perspectiva é a que toma em conta que outras *atividades* concorram com a jurisdição prestada pelos órgãos do Poder Judiciário com vistas à obtenção dos mesmos resultados almejados através do seu emprego. É o que se vê no Código de Processo Civil ao prever que a mediação e a conciliação podem ensejar o surgimento de títulos executivos judiciais tanto nos casos em que obtido o consenso no ambiente do Poder Judiciário (art. 515, II) quanto fora da sede do foro, mediante a atuação de profissionais que não são auxiliares do juízo, hipótese na qual o resultado alcançado a partir do agir de mediadores e conciliadores pode ser submetido à homologação judicial (art. 515, III)[8] ou não (art. 784, IV)[9].

---

administrativas de registro imobiliário; com a Lei n.º 11.441/2007, que disciplinou os inventários/arrolamentos e divórcios consensuais no tabelionato de notas (Lei n.º 11.441/2007); e com a Lei n.º 11.977/2009, que previa o próprio usucapião administrativo, de modo bastante restrito, para os imóveis do programa Minha Casa Minha Vida (art. 60), posteriormente alterada pela Lei n.º 13.465/2017 (que no art. 23 parece manter viva a possibilidade" (DELLORE, Luiz et alii. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1638)

[6] No mesmo tom do texto, ver CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventários e partilhas: judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 235 e seguintes.

[7] Para uma leitura crítica a respeito do regime jurídico em questão, ver os comentários feitos por GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O divórcio na atualidade*. 4[. Edição. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 78 e seguintes.

[8] Contextualizando o âmbito de aplicação do comando legal em questão, refere THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 974, que "*por autocomposição extrajudicial entende-se aquela a que chegam os litigantes sobre conflito instalado entre eles, antes de submetê-lo à composição judicial. Tudo se passa no plano dos negócios jurídicos civis, uma vez que o Código Civil arrola a transação como um dos contratos nominados (arts. 840 a 850), cujos efeitos, no plano obrigacional, independem de aprovação judicial*". Sobre a exegese do comando em questão, ver, ainda, ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 170, consignando que "*pouco importa se a autocomposição se deu no curso de um processo ou for dele (extrajudicial). Na medida em que tal autocomposição tenha ocorrido e sido homologada em juízo, passa a ser título executivo judicial com as vantagens que isso oferece, ou seja, especialmente, a limitação da matéria a ser oposta pelo executado. Assim, seja judicial ou extrajudicial, se a autocomposição for homologada em juízo, tem-se um título judicial*".

[9] Nas palavras de THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 141, "*esse acréscimo está em conformidade com o espírito da nova codificação em estimular a autocomposição (art. 3º, §§ 2º e 3º). Ora, se o CPC/2015 incentiva a autocomposição por meio do auxílio de conciliadores e mediadores, é evidente que as transações que eles auxiliarem a efetivar devem possuir executividade. Nenhum proveito teria para as partes transigir se tivessem que ajuizar ação de cobrança para conferir executoriedade ao acordo*".

Em um tal cenário, duas são as vias nas quais se vê o avanço na busca de alternativas com o fito de qualificar o modelo de acesso à justiça até então existente em função da insatisfação com os resultados obtidos mediante o recurso à jurisdição estatal como forma de solução de conflitos. O primeiro deles, já mais experimentado nos dias de hoje, é o da *extrajudicialidade*, pela qual se permite que atos usualmente praticados por agentes integrados aos quadros do Poder Judiciário possam também ser praticados, de maneira concorrente, por outros sujeitos, sejam eles agentes públicos ou privados. O outro, trazido de maneira mais recente como uma via a ser explorada, é o que envolve a desjudicialização na prática de atos jurídicos, atribuindo a outros agentes, de maneira exclusiva, a tarefa com vistas à prática de atos até então tratados como jurisdicionais. Nesse último campo é que se vê, pois, iniciativas como a desjudicialização na prática de atos processuais no âmbito da tutela executiva, nos termos do proposto no Projeto de Lei 6.204/2019[10].

3 Segue: do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e eficiente

No que se refere ao acesso à justiça ofertado mediante o recurso à tutela jurisdicional prestada por órgãos do Poder Judiciário, também é possível identificar avanços que apontam no sentido de tentativa de ressignificação de modo a melhor atender aos anseios da sociedade contemporânea.

Também aqui é possível identificar ao menos duas grandes vias percorridas com vistas a tal desiderato. A primeira delas é a que compreende os esforços em

[10] A respeito do ponto, ver o estudo de Márcio Carvalho Faria, publicado em cinco partes na Revista de Processo (FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira. Revista de Processo*, vol. 313, p.393-414, mar. 2021; FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte dois). Revista de Processo*, vol. 314, p.371-391, abr. 2021; FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte três). Revista de Processo*, vol. 315, p. 395-417, maio 2021; FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte quatro). Revista de Processo*, vol. 316, p.389-414, jun. 2021; e FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte cinco). Revista de Processo*, vol. 317, p. 437-471, jul. 2021).

torno do compromisso com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, leitura extraída a partir da análise do já multicitado art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Trata-se, nesse sentido, de buscar moldar as ferramentas projetadas com vistas à oferta de proteção através da jurisdição mediante a consideração de fatores de discrímen como, por exemplo, a identidade dos sujeitos envolvidos nos conflitos a serem dirimidos ou, ainda, a presença de finalidades específicas a serem tuteladas.

Da análise do trabalho desenvolvido pelo legislador, é possível referir um sem número de experiências importantes que ilustram o esforço em torno da construção de tutela jurisdicional adequada em favor de determinados personagens da sociedade contemporânea[11]. Pense-se, nesse sentido, no caso de maior sucesso na realidade brasileira, qual seja o da tutela do consumidor em juízo, outorgada graças às diversas ferramentas de natureza processual dispostas na Lei nº 8.078/1990, que acabou por lançar luzes sobre toda uma realidade que, justamente por força da inexistência de arcabouço normativo próprio, permanecia à margem do enfrentamento pelo Poder Judiciário. Mais recentemente, a Lei nº 14.181/2021 reformou a citada codificação de modo a dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, problema cuja resposta vinha sendo ofertada à luz de orientação jurisprudencial sem, contudo, que existisse baliza mínima do ponto de vista do tratamento processual a ser dispensado a tais consumidores[12].

---

[11] Para linhas gerais em torno do que se entende por *adequação* no contexto da oferta de tutela jurisdicional, ver, por todos, LACERDA, Galeno. *O código como sistema de adequação legal do processo. Revista do instituto dos advogados do Rio Grande do Sul*. 1976. p.161-170 e MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. Revista de* Processo, vol. 226, p. 147-161, dez. 2013.

[12] Já florescem trabalhos vários sobre a citada lei. Exemplificativamente, cita-se os seguintes: MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. *Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para 'aperfeiçoar a disciplina de crédito', 'para a prevenção e o tratamento do superendividamento' e 'proteção do consumidor pessoa natural'. Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136, p. 517-538, jul./ago. 2021; CUNHA, Rodrigo Santos. *Parecer de aprovação da atualização do CDC através do PL 1805/2021 sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, vol.136, p. 495-505, jul./ago. 2021; STASI, Mônica Di; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. *O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da Covid-19. Revista de Direito do Consumidor*, vol.136, p. 49-65, jul./ago. 2021; GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14,181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol.133, p.9-29, set./out. 2021; CHAVES, Rodrigo Almeida. *A Lei do Superendividamento: aspectos gerais e o papel da Defensoria Pública. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol.133, p.41-54, set./out. 2021.

É possível citar, ainda, como outros casos emblemáticos nos quais se vê esforços com vistas à adequação da tutela jurisdicional a ser dispensada em função das características dos sujeitos acabou por levar à oferta de soluções moldadas às suas respectivas feições, o da tutela dos idosos (Lei nº 10.741/2003)[13] e das mulheres em situação de violência doméstica (Lei nº 11.340/2006)[14]. Na comparação, infelizmente é de se registrar que outros diplomas como, por exemplo, o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013) talvez não tenham ensejado a produção de maior impacto do ponto de vista da repercussão da tutela jurisdicional dispensada a tais sujeitos justamente na medida em que neles não vieram encartadas ferramentas que facilitassem a defesa em juízo dos direitos neles consagrados, como a inversão do ônus da prova ou, ainda, regras de competência territorial estabelecidas em favor de tais jurisdicionados.

O outro vetor a ser tomado em conta como indicador de qualidade do ponto de vista da tutela jurisdicional dispensada pelos órgãos do Estado é ênfase dada à noção de eficiência. Sem prejuízo da plurissignificação do vocábulo, que poderia dar ensejo a múltiplas outras análises igualmente importantes[15], destaca-se, aqui, que os avanços decorrentes da transformação do Poder Judiciário após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 transbordaram em direção a compromissos que devem ser assumidos pelos próprios magistrados na própria condução individual de processos, como se vê do estabelecido no art. 8º do Código de Processo Civil. Reconhecido que o magistrado se coloca diante de uma sequência de escolhas ao dirigir o processo, sendo chamado a decidir em um contexto no qual o rigor da legalidade é combinado com a fragilidade daquilo que se apresenta como limite do possível do ponto de vista prático em função de fatores como, exemplificativamente, as restrições decorrentes do princípio dispositivo em sentido material e os

[13] Sobre o ponto, ver GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Estatuto do idoso - Lei Federal 10.741/2003: Aspectos processuais - Observações iniciais. Revista de Processo*, vol. 115, p. 110-127, maio/jun. 2004.

[14] Comentando os aspectos da referida lei no âmbito cível, ver DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v.10, n.4, p. 5-28, jun. 2008; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o processo civil. Revista de Processo*, vol.168, p. 255-265, fev. 2009.

[15] A esse respeito, cite-se o seminal trabalho de JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

obstáculos em termos de praticabilidade que limitam a efetividade na implementação de comandos judiciais, fato é que juízes e tribunais acabam sendo chamados, no fim das contas, a fazer o melhor que estiver ao seu alcance no caso concreto. A ideia de jurisdição como atividade vinculada no exercício do poder do Estado, em tal perspectiva, está longe de esgotar em um discurso de aplicação mecânica da lei, mas, antes, passa a dialogar com um universo no qual o controle quanto à regularidade da atuação dos juízes e tribunais passa a ser exercido levando em conta novas balizas.

4 Direito fundamental ao acesso à justiça e a incorporação de novas tecnologias pelo Poder Judiciário no exercício de suas funções

Outra frente na qual se vê uma guinada importante do ponto de vista da significação do acesso à justiça é o que envolve o papel desempenhado pelas novas tecnologias na ressignificação da atuação do Poder Judiciário. Para além do cenário verificado no difícil contexto da pandemia da COVID-19, o que se percebe é que as pessoas cada vez mais deixam de se dirigir a um lugar para buscar por decisões judiciais e passam a se preocupar mais com o serviço que lhes é prestado, em um fenômeno de evidente virtualização da realidade.

Ao longo das últimas décadas, o que se vê é uma transformação gradual e silenciosa na forma de atos processuais devida à incorporação de novas tecnologias pelos órgãos do Poder Judiciário. Cite-se, como exemplo, a possibilidade de prática de atos processuais pelas partes por meio eletrônico independentemente do horário de regular funcionamento nas sedes dos órgãos do Poder Judiciário, de modo que a contagem dos prazos em dias passa a levar em conta a disponibilidade de sistemas de informática até as 23h59min (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 11.419/2006, posteriormente ratificado no art. 213 do Código de Processo Civil)[16], ou, ainda, a alternativa aos jurisdicionados de apresentação de manifestações até mesmo em

[16] Para comentários ulteriores sobre o art. 3º supracitado, ver ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo Eletrônico. Processo Digital*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 30-31 e ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico. A Informatização judicial no Brasil*. 5ª edição. Rio de Jnaeiro: Forense, 2015. p. 243 e seguintes.

dias e horários nos quais os cartórios, salas de audiências e de sessões de julgamento estejam com suas portas fechadas.

À formação de autos eletrônicos (art. 8º da Lei nº 11.419/2006 e 193 do Código de Processo Civil) somam-se outras possibilidades até há algum tempo consideradas inalcançáveis, mas que se tornaram viáveis justamente graças à incorporação de novas tecnologias de informação e de comunicação pelos órgãos do Poder Judiciário. A possibilidade de oitiva do depoimento da parte e do relato de testemunhas por videoconferência (tratada nos art. 385, § 3º e 453, § 1º, respectivamente, do Código de Processo Civil, bem como na Resolução CNJ nº 354/2020), ou, ainda, a realização de sessões de julgamento em modelo de plenário virtual são exemplos de medidas que ganham aprofundamento em medidas como a Resolução CNJ nº 345/2020, que trata do chamado "Juízo 100% digital", ou, ainda, na Resolução CNJ nº 372/2021, que regulamenta, em linhas gerais, o chamado "Balcão Virtual", nas quais a gestão do Poder Judiciário sinaliza uma forte guinada com o fito de atualizar a forma de oferta de acesso à justiça. Trata-se de reconhecer que o abandono da forma como eram praticados determinados atos processuais muitas vezes acaba sendo imperioso diante da necessidade de viabilizar o efetivo diálogo entre os responsáveis pela oferta de tutela jurisdicional e os sujeitos que devem ser alcançados pelas decisões por eles proferidas.

Por certo que os avanços tecnológicos não podem esconder as graves mazelas que seguem permeando a vida daqueles que são os titulares do direito fundamental ao acesso à justiça. Às monumentais barreiras econômicas e culturais que ainda precisam ser transpostas por muitos daqueles que buscam por tutela jurisdicional somam-se agora outras não menos problemáticas, tais como os desafios em sede de inclusão digital e de existência de tecnologias assistivas eficientes. O reconhecimento de necessidade de ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça é, sob essa ótica, também um chamado ao enfrentamento de problemas até então inexistentes, que se somam àqueles que antes não haviam sido adequadamente resolvidos.

5 Direito fundamental ao acesso à justiça e a reinvenção da separação de poderes

Uma ulterior face da reinvenção ou ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça é a que compreende a reflexão em torno da forma como a jurisdição acaba por se articular com as demais manifestações de exercício de poder do Estado. Avançando para adiante do debate em torno da separação de poderes e de funções, observa-se que os órgãos do Poder Judiciário hoje assumem outras tarefas que se somam à atividade de aplicação de normas jurídicas a casos concretos na condição de terceiros imparciais, extrapolando as fronteiras da jurisdição como concebida no contraponto com as atividades legislativa e administrativa.

Uma das mais importantes frentes de trabalho nas quais se vê uma crescente sofisticação na atuação dos órgãos do Poder Judiciário é a que envolve a atividade em sede de controle de constitucionalidade e de convencionalidade, vista como uma das projeções da justiça a ser tornada acessível aos cidadãos. Os desafios aos quais o Supremo Tribunal Federal é submetido em sede de controle concentrado de constitucionalidade são cada vez mais exigentes, reclamando uma maior capacidade de reinvenção, no que os avanços decorrentes da hermenêutica dos direitos fundamentais acabam, ao mesmo tempo, funcionando como causa e como consequência, ainda que diferente seja o cenário ideal em relação ao hoje existente[17].

Do contraste entre a inércia dos responsáveis pela criação de condições adequadas para o exercício de direitos fundamentais e o reconhecimento constitucional quanto à aplicabilidade imediata desses mesmos direitos, resulta um quadro delicado no qual o protagonismo do Poder Judiciário acaba por nem sempre ser visto com bons olhos[18]. É certo, contudo, que a boa técnica constitucional permite

[17] Ilustra-se o tema mediante a referência de pesquisa de campo que aponta no sentido de que "*o Supremo interferiu consideravelmente na implementação de políticas públicas. Além disso, atuou como instância para a promoção e o avanço de uma agenda de direitos sociais, civis e coletivos, mas essa participação é ainda pequena, se comparada à sua atuação nas questões ligadas ao funcionalismo público*" (OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis*. *Tempo Social - Revista de sociologia da USP*, v. 28, n. 1 (2016): 105-133, especialmente p. 122).

[18] Para uma ilustração a respeito da atualidade do debate acima referido, ver, exemplificativamente, s trabalhos de REIS, Sérgio Cabral dos. Do ativismo judicial como comportamento antidemocrático e enfraquecedor da deliberação política. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol.123, p. 141-163, jan./fev. 2021; LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. Revista de Direito Administrativo e Constitucional : A&C, vol. 83, p.119-135, jan./mar. 2021; ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; FERNANDES, Ricardo

ver claramente a possibilidade de assunção de um papel ativo por parte de magistrados que, apropriados da dogmática dos direitos fundamentais, atribuem significação adequada ao texto constitucional sem que isso importe em atropelo ao jogo institucional estabelecido na Lei Maior.

Outro fenômeno marcante dos dias de hoje é o que envolve a assunção, pelos órgãos do Poder Judiciário, da tarefa de edição de padrões decisórios[19], na forma do art. 927 do Código de Processo Civil, funcionam como normas dotadas de caráter geral, hipotético e abstrato que, construídas a partir de provocações levadas a conhecimento dos órgãos jurisdicionais, servem para nortear a solução a ser dada pelos magistrados no enfrentamento de casos subsequentes. Trata-se, por certo, de realidade absolutamente distinta daquela presente na atividade jurisdicional como tradicionalmente compreendida, não se confundindo com o julgamento de casos concretos por terceiros imparciais, mas, antes, focada na oferta de teses destinadas a informar a solução a ser dada no enfrentamento de demandas de massa.

Por fim, mas não menos importante, cumpre destacar os consideráveis avanços verificados por força do advento do chamado processo estrutural. A necessidade de uma condução diferenciada do processo em função de um problema pautado por complexidade, multipolaridade, envolvendo a demanda por recomposição estrutural mediante o emprego de soluções pautadas por prospectividade é uma realidade que cada vez mais é examinada pela doutrina

---

Yamin. Atuação do STF na pandemia da COVID-19. Fine line entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial. Revista dos Tribunais, vol. 1020, p.77-97, out. 2020; ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea . Revista dos Tribunais, vol. 1008, p. 43-54, out. 2019; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Breve nota sobre ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.) et al. Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, 2020. p. 593-600; FERREIRA, Daniel; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Divisão funcional do poder do Estado: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 109, p.69-91, jan./mar. 2020; NOVAIS, Fabrício Muraro. O ativismo iluminista: o 'novo' papel do STF no Estado Constitucional Contemporâneo e os riscos para a democracia brasileira. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, vol. 43, p. 79-114, jan./jun. 2019; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de Poderes. Revista de Direito do Trabalho, vol. 194, out. 2018, p. 21-27; MAZINI, Paulo Guilherme Ribeiro da Rosa; PUGLIESE, William Soares. A atuação contramajoritária do poder judiciário em prol da dignidade humana e da cidadania. Revista Brasileira de Direitos Humanos, vol. 29, p. 36-45, abr./jun. 2019; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Cidadania e separação de Poderes: de Montesquieu à atualidade. Justiça & Cidadania, vol. 221, p.10-13, jan. 2019.

[19] Sobre a nomenclatura "padrões decisórios", ver os esclarecimentos trazidos *ab initio* por CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os Padrões Decisórios a Sério*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1.

contemporânea[20], que reconhece a inadequação e a insuficiência das respostas dadas pelo Direito Processual diante de desafios da contemporaneidade que não cabem dentro dos tradicionais moldes das relações jurídicas individuais e, inclusive, transbordam os limites de conceitos como os de direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos.

De todo esse cenário, resulta que a justiça a ser dispensada ao cidadão impõe ao Estado uma nova atitude no que se refere à atividade prestacional por ele exercida, demandando um agir que assume formas cada vez mais sofisticadas e diversificadas, que longe estão de caber nos estritos moldes de um sistema pautado pela divisão de trabalho entre quem edita leis, quem pratica atos no âmbito de prestação de serviços públicos ou do exercício do poder de polícia e de quem exerce a jurisdição com vistas à aplicação de normas a casos concretos que lhe são previamente submetidos. Trata-se, por certo, de uma revolução que ocorre de maneira silenciosa, mas que opera resultados visíveis a olho nu.

6 A título de conclusão

Uma sociedade cada vez mais exigente em termos de evolução civilizatória e em constante transformação reclama por conceitos e institutos que também sejam capazes de passar por reinvenção que guarde correspondência com as bases dessa nova realidade. O compromisso com o reconhecimento de direitos e/ou a solução de conflitos assumido pelo texto constitucional brasileiro no seu art. 5º, XXXV[21] impõe, pois, a necessidade de que as vias ofertadas ao cidadão com vistas a tais objetivos sejam seguidamente redesenhadas e novamente pavimentadas. O pior cenário, nesse contexto, é a obsolescência dos meios, ou, ainda, a insistência injustificada na permanência do que não mais funciona.

[20] Sobre o ponto, ver, por todos, ARENHART, Sergio Cruz, OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021 e VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural. Teoria e Prática. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

[21] Essa foi a significação original associada ao conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça defendida em REICHELT, Luís Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. *Revista de Processo,* vol.296, p.21-39, out. 2019.

O presente ensaio lançou luzes sobre uma série de perspectivas de reinvenção do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível na realidade contemporânea brasileira sem, contudo, ignorar que muitas outras possibilidades poderiam ser consideradas. O objetivo, longe de ser o da catalogação de hipóteses, era o de exploração de alternativas e de identificação de vetores possíveis, os quais não excluem outras vias que se apresentem em função de novas transformações sociais. O mais importante, nesse panorama, é perceber que a reinvenção do direito em questão não é um problema puramente semântico, mas, antes, um avanço que leva em conta a necessidade de existência de ferramentas condizentes com o padrão civilizatório contemporâneo.

Referências bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque; FERNANDES, Ricardo Yamin. Atuação do STF na pandemia da COVID-19. Fine line entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial. Revista dos Tribunais, vol. 1020, p.77-97, out. 2020.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea . *Revista dos Tribunais,* vol. 1008, p. 43-54, out. 2019.

ARENHART, Sergio Cruz, OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Breve nota sobre ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.) et al. Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, 2020. p. 593-600.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os Padrões Decisórios a Sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventários e partilhas: judicial e extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CHAVES, Rodrigo Almeida. *A Lei do Superendividamento: aspectos gerais e o papel da Defensoria Pública. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol.133, p.41-54, set./out. 2021.

CUNHA, Rodrigo Santos. *Parecer de aprovação da atualização do CDC através do PL 1805/2021 sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor. Revista de Direito do Consumidor*, vol.136, p. 495-505, jul./ago. 2021.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Cidadania e separação de Poderes: de Montesquieu à atualidade. Justiça & Cidadania, vol. 221, p.10-13, jan. 2019.

DELLORE, Luiz et alii. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira. Revista de Processo*, vol. 313, p.393-414, mar. 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte dois). Revista de Processo*, vol. 314, p.371-391, abr. 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte três). Revista de Processo*, vol. 315, p. 395-417, maio 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte quatro). Revista de Processo*, vol. 316, p.389-414, jun. 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. *Primeiras impressões sobre o projeto de lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte cinco). Revista de Processo*, vol. 317, p. 437-471, jul. 2021.

FERREIRA, Daniel; CARVALHO, Luciana Benassi Gomes. Divisão funcional do poder do Estado: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 109, p.69-91, jan./mar. 2020.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. *Arbitragem*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14,181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, vol.133, p.9-29, set./out. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O divórcio na atualidade*. 4[. Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

LACERDA, Galeno. *O código como sistema de adequação legal do processo. Revista do instituto dos advogados do Rio Grande do Sul*. 1976. p.161-170.

LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. Revista de Direito Administrativo e Constitucional : A&C, vol. 83, p.119-135, jan./mar. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia Martini. *Nota à atualização do Código de Defesa do Consumidor para 'aperfeiçoar a disciplina de crédito', 'para a prevenção e o tratamento do superendividamento' e 'proteção do consumidor pessoa natural'. Revista de Direito do Consumidor*, vol. 136, p. 517-538, jul./ago. 2021.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O ativismo judiciário e a separação de Poderes. Revista de Direito do Trabalho, vol. 194, out. 2018, p. 21-27.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. Revista de* Processo, vol. 226, p. 147-161, dez. 2013.

MAZINI, Paulo Guilherme Ribeiro da Rosa; PUGLIESE, William Soares. A atuação contramajoritária do poder judiciário em prol da dignidade humana e da cidadania. Revista Brasileira de Direitos Humanos, vol. 29, p. 36-45, abr./jun. 2019.

NOVAIS, Fabrício Muraro. O ativismo iluminista: o 'novo' papel do STF no Estado Constitucional Contemporâneo e os riscos para a democracia brasileira. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, vol. 43, p. 79-114, jan./jun. 2019.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis*. *Tempo Social - Revista de sociologia da USP*, v. 28, n. 1 (2016): 105-133.

REICHELT, Luís Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. *Revista de Processo*, vol.296, p.21-39, out. 2019.

REIS, Sérgio Cabral dos. Do ativismo judicial como comportamento antidemocrático e enfraquecedor da deliberação política. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol.123, p. 141-163, jan./fev. 2021.

STASI, Mônica Di; RIBEIRO, Paulo Dias de Moura. *O superendividamento dos consumidores no Brasil: a importância da aprovação da Lei 14.181/2021 em meio à crise econômica gerada pela pandemia da Covid-19. Revista de Direito do Consumidor*, vol.136, p. 49-65, jul./ago. 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 6ª edição. São Paulo: Mètodo, 2021.

THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento da sentença*. 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural. Teoria e Prática*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

15. DISRUPÇÃO TECNOLÓGICA E PRIVACIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O AMANHÃ

TECHNOLOGICAL DISRUPTION AND PRIVACY: SOME REFLECTIONS ON TOMORROW

https://doi.org/10.36592/9786581110642-15

Marco Antonio Lima Berberi[1]

RESUMO

A vida contemporânea é digitalmente tecnológica. No mundo virtual o convívio ainda é experimental. A disrupção tecnológica pôs em xeque a privacidade; por trás da aparência de neutralidade e assepsia do sistema está uma intrincada rede de captura, monitoramento e uso de dados, capaz de influenciar todas as decisões pessoais. A efetivação do arcabouço legislativo de proteção à privacidade só pode se dar com o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à educação digital, equilibrando a relação entre usuários e empresas de tecnologia, marcada pela vulnerabilidade digital. O presente artigo, por meio de uma metodologia dedutiva, pretendeu fazer uma abordagem sobre a atual situação da privacidade no contexto tecnológico, indicando a necessidade de seu resgate.
Palavras-chave: privacidade; disrupção tecnológica; vulnerabilidade; dados pessoais.

ABSTRACT

Contemporary life is digitally technological. In the virtual world, interaction is still experimental. Technological disruption has challenged privacy; behind the system's appearance of neutrality and asepsis is an intricate web of data capture, monitoring and use capable of influencing all personal decisions. The implementation of the legislative framework to protect privacy can only happen with the development of public policies aimed at digital education, balancing the relationship between users and technology companies, marked by digital vulnerability. The present article, through a deductive methodology, intended to approach the current situation of privacy in the technological context, indicating the need for its rescue.
Keywords: privacy; technological disruption; vulnerability; personal data.

[1] Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR – Grupo "Virada de Copérnico" e do Grupo de Pesquisa CNPQ NUPECONST – UniBrasil, linha de pesquisa: direitos fundamentais e relações privadas. Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

OS EFEITOS DA DISRUPÇÃO TECNOLÓGICA NA VIDA EM SOCIEDADE

Tudo que é novo, em um primeiro momento, pode assustar. É provável que quando da invenção da roda, o ser humano não deve ter pensado que esse objeto seria utilizado até os dias atuais. A tecnologia[2] está presente em nossas vidas há tempos, manifestando-se de diversas maneiras. Pode-se dizer que não há como regredirmos a ponto de renunciarmos ao conforto tecnológico; nossa vida é tecnológica[3]. De outro lado, as novas tecnologias colocaram em evidência a fragilidade do nosso tempo. No mundo virtual, vivemos passado, presente e futuro sem conseguir distingui-los[4].

No caminho até hoje trilhado, muitas mudanças ocorreram desde a invenção da roda. Klaus SCHWAB afirma que vivemos a quarta revolução industrial – precedida de outras três revoluções[5], todas ligadas à tecnologia – iniciada no limiar deste século, tendo por base a tecnologia digital (inteligência artificial e aprendizado de máquina).

---

[2] Yuk HUI, buscando fazer uma filosofia da tecnologia, evidencia que ela não pode ser encarada como um conceito fechado em si, único, universal, hegemônico. Dito de outra forma, Yuk HUI critica a visão de todo pensamento tecnológico advindo de uma ciência moderna do ocidente. O autor propõe então pensar em "cosmotécnicas", que levam em consideração atributos particulares de cada comunidade, como por exemplo, localidade, crença, moral, religião. (HUI, Yuk. Tecnodiversidade. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020).

[3] Veja-se, por exemplo, quando o aplicativo do WhatsApp "parou" de funcionar. (CARVALHO, Lucas. WhatsApp, Facebook e Instagram ficam fora do ar globalmente por 7 horas. Disponível em: https://bit.ly/3pUJXqX. Acesso em: 01 nov. 2021).

[4] A concepção bergsoniana do tempo é indicada como uma confluência entre passado, presente e futuro, que Henri BERGSON chama de "duração", em oposição ao tempo da ciência, que pode ser cientificamente medido. Henri BERGSON, metaforicamente, usa o exemplo da bola de neve, que seria o resultado da junção entre o estado interior percorrendo a estrada do tempo. Essa bola de neve é o resultado de uma sucessão de momentos que não se configura de uma maneira linear, como o tempo mecanicista, mas que tem uma própria organicidade: "O meu estado de alma, progredindo na estrada do tempo, cresce continuamente com a duração que acumula e faz, por assim dizer, uma bola de neve consigo mesmo". (BERGSON, Henri. A evolução criadora. Tradução de Adolfo Casais Monteiro. São Paulo: Editora UNESP, 2010, p. 16). Essas três durações operam ao mesmo tempo na vida de uma pessoa, e a consciência desse entrelaçamento, percebida pelos seres humanos, é uma das coisas que nos diferenciam dos outros animais.

[5] "A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em mainframe (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990)". (SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p.18).

Hoje, o mundo virtual não é apenas uma simples extensão do mundo físico; é uma outra realidade, na qual se vive intensamente. Com a pandemia da COVID-19 fomos obrigados a mergulhar na virtualidade. Ficamos isolados, mas a vida não parou; reuniões profissionais, encontros interpessoais[6], mercancia e diversão, tudo virtualizado. Tornamo-nos praticamente avatares, representações virtuais de nossas identidades que, num extremo, nos trouxe a ideia de metaverso[7].

Esse novo paradigma (digital) descortinou um novo mundo, no qual o convívio é experimental. No mundo analógico tudo se dá num jogo de cartas para o qual estamos relativamente preparados, porque utilizamos experiências de nossos antecessores; olhamos para aquilo que se deu no passado como norte para o presente e para o futuro. Mas este passado que nos dá base para o que vivemos hoje e para planejarmos o amanhã, é analógico. Não contamos, ainda, com a experiência de antepassados que viveram num mundo tecnológico. Os primeiros erros no mundo virtual são nossos; nós seremos o passado de erros e acertos para as próximas gerações. A construção da educação tecnológica teve início neste século e, talvez por isso, estejamos a nos exigir mais do que podemos fazer. Assim, é preciso entender este momento e construir uma base de convívio neste novo mundo, que não se fechará mais.

No mundo virtual somos projeções de nós próprios, e nem sempre somos inteiramente nós. Há uma falsa ideia de liberdade plena, como se estivéssemos numa "terra de ninguém"[8]. Falamos o que desejamos quando queremos, sem acreditarmos

---

[6] "A atual situação pandêmica serviu não apenas para chamar a atenção sobre questões sanitárias, mas também sobre o futuro das relações humanas. É quase impossível pensar em nossa vida sem o convívio diário com algum tipo de tecnologia que nos auxilie ou nos distraia, e junto com este avanço tecnológico, surge também uma espécie de solidão compartilhada. Em outras palavras, vivemos também uma epidemia de solidão" (FINATO PIRES, Joyce; RODRIGUES, Jocê. Relacionamentos artificiais: a epidemia da solidão e a busca por prazeres no mundo virtual. Disponível em: https://bit.ly/3myrmij. Acesso em: 01 nov. 2021).

[7] "A palavra metaverso foi cunhada pelo escritor Neal Stephenson no romance *Snow Crash* de 1992, onde as pessoas interagiam através de avatares num espaço tridimensional totalmente imersivo. Apesar deste termo poder ser usado para designar todo o espaço coletivo em linha, costuma referir-se especificamente a mundos virtuais, espaços físicos gerados por computador, representados graficamente numa simulação tridimensional, que podem ser experienciados por várias pessoas ao mesmo tempo". (CARNEIRO DE SOUSA, Catarina. Meta_Body: um projecto artístico de construção de avatares enquanto partilha criativa. Disponível em: https://bit.ly/3EHNsFr. Acesso em: 01 nov. 2021).

[8] "É indubitável que a tecnologia promoveu e continua promovendo diversas facilidades e, claro, o desenvolvimento humano, contudo, sua característica anárquica dota esse ambiente de uma espessa névoa cinzenta que encobre, por muitas vezes, intenções e ações que não são vistas e custam um preço alto ao indivíduo. Este fenômeno influencia contundentemente as mais diversas áreas da vida,

que haverá uma reprimenda. Aquilo que confidenciávamos no diário escrito[9] – guardado a sete chaves –, hoje está na janela do mundo, pelo famoso *www*. Nossos desejos, nossas frustrações, nossa ira, nossos trajetos, nossa alimentação, nossos hábitos, estão todos lá para quem quiser ver, numa verdadeira competição de quem tem mais alegrias, curtidas e poder de fala[10].

A disrupção tecnológica[11], marca da quarta revolução industrial, nos desnudou, pôs em xeque nossa privacidade, pois dela ingenuamente abrimos mão para podermos frequentar redes sociais e fazermos buscas sobre as viagens que sonhamos realizar. Os *cookies*[12] aprisionam nossos dados a fim de nos permitir uma próxima pesquisa mais ágil e objetiva, customizada. Resta-nos a pergunta: que privacidade temos e qual privacidade queremos?

---

tanto no âmbito individual, quanto no coletivo". (MÜLLER BASTOS, João Leonardo; ARNT RAMOS, André Luiz. "Liberdade e privacidade ante o caráter anárquico do ambiente tecnológico". *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). Direito civil e tecnologia - tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 338-339).

[9] Paula SIBILIA faz uma interessante genealogia do espaço privado dos sujeitos dos séculos XIX e XX, e o que veio a ser denominado de *ex*timidade. A intimidade estava relacionada com tudo o que podia se desenvolver no espaço privado. A sua exposição era vista como uma atitude de descuido. A casa era o emblema desse espaço; as paredes da casa eram parte da constituição da subjetividade. (SIBILIA, Paula. O show do eu: a intimidade como espetáculo. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016).

[10] "(...) está cada vez mais difícil falar de intimidade nos espaços público e privado. A voraz corrida por curtidas e compartilhamentos enfraqueceu a solidez das paredes e ampliou vertiginosamente a construção de janelas. O espaço doméstico agora extrapola as fronteiras, antes rígidas, das paredes, das portas, das cortinas. A intimidade se mostra, tem vontade e ânsia por se exibir, e acaba cedendo à tentação da *ex*timidade. O que se vê então é a normalização de uma espécie de teatro que ganha forma de uma tela ou, mais precisamente, de janelas (ou *windows*), que servem para se mostrar, para exibir cenas da antiga intimidade" (LIMA BERBERI, Marco Antonio; FINATO PIRES, Joyce. "Mensagens e mensageiros: privacidade e confiança em tempos de disrupção tecnológica". *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). Direito civil e tecnologia - tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 279).

[11] Clayton M. CHRISTENSEN cunhou o termo "inovação disruptiva", mas que à época (1997) contemplava a disrupção de mercados e gestão empresarial. Em 2015, revisitou o termo, juntamente com outros autores, e atualmente abrange as inovações relacionadas à tecnologia da informação e da internet (CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; McDONALD, Rory. What is disruptive innovation? Disponível em: https://bit.ly/3k2qZeh. Acesso em: 01 nov. 2021).

[12] "Em linhas gerais, os *cookies* podem ser definidos como pequenos arquivos criados pelos *websites* no âmbito da comunicação do protocolo HTTP, que ficam salvos no computador do usuário por meio do navegador utilizado. Embora pequenos, tais arquivos contêm informações de identificação do usuário visitante do *site*". (PECK PINHEIRO, Patricia. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei 13.709/2018 - LGPD. São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 26).

A PRIVACIDADE HOJE: DESAFIOS PARA A SUA AFIRMAÇÃO

Como marco histórico, tem-se a referência ao direito à privacidade trazida por Samuel D. WARREN e Louis D. BRANDEIS, para quem tal direito poderia ser resumido como o direito de uma pessoa de ser deixada só (*right to be let alone*)[13]. No entanto, como afirma Megan RICHARDSON, os autores não queriam dar a entender que eles estavam inventando um novo direito: "O argumento deles era de que o direito à privacidade seria a conclusão inevitável do desenvolvimento da lei em resposta às pressões de uma vida moderna 'intelectual e emocionalmente intensa'"[14] (tradução livre).

Inicialmente, o direito à privacidade identificava-se com a proteção à vida íntima, familiar, pessoal de cada ser humano, configurado como um direito à intimidade. Essa confusão conceitual foi dissipada primeiramente com a teoria alemã das esferas (social, privada e íntima), superada pela adoção, pelo Tribunal Constitucional Federal e pelo Tribunal Federal alemães, da concepção ou teoria da proteção por camadas[15].

No Brasil, a identidade entre as expressões (privacidade e vida íntima) só foi rompida, normativamente, com a Constituição da República de 1988 que, no art. 5º, X, assim dispõe: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". O atual Código Civil, distanciando-se de seu antecessor – que não disciplinou a matéria – trouxe no art. 21 a proteção à vida privada como direito da personalidade: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma". A diferença normativa das expressões demanda um exercício hermenêutico, que aos poucos vai se assentando na jurisprudência, com

---

[13] WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. "The right to privacy". Harvard, v. 04, n. 05, p. 193-220, 15 dez. 1890, p. 205.

[14] No original: *"Their argument was rather that the right to privacy was the inevitable conclusion of the law's development in response to the pressures of an 'intense intellectual and emotional' modern life"*. (RICHARDSON, Megan. The right to privacy: origins and influence of a nineteenth-century idea. New York: Cambridge University Press, 2017, p. 01).

[15] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Direitos fundamentais e direitos da personalidade". *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). 30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 698-699.

julgados dos Tribunais Superiores, para que se estabeleça uma vera diferenciação material entre intimidade e privacidade; vai-se da esfera da intimidade para uma outra visão, qual seja, aquela que compreende na privacidade "(...) o direito da pessoa em manter o controle sobre as próprias informações"[16].

A disrupção tecnológica desencadeou uma outra discussão sobre a privacidade, que passou a ter como lugar também o ambiente virtual, com a profusão de dados sobre os gostos e as preferências dos usuários, que podem ser utilizados para as mais diversas finalidades, como explica Danilo DONEDA:

> Nossos dados, estruturados de forma a significarem para determinado sujeito nossa representação virtual – ou um avatar –, podem ser examinados no julgamento de uma concessão de uma linha de crédito, de um plano de saúde, a obtenção de um emprego, a passagem livre pela alfândega de um país, além de tantas outras hipóteses[17].

Hodiernamente, os dados pessoais têm papel de destaque em nossa sociedade – também chamada de sociedade de informação – sendo considerados o novo petróleo. Entretanto, como bem aponta Ronaldo LEMOS[18], é que, assim como o petróleo, dados também vazam e esses vazamentos podem causar estragos em enorme escala e que são, por vezes, irreversíveis, tornando-se verdadeiro problema no que se refere à proteção efetiva de informações de cunho privado, ainda mais quando se está diante de uma sociedade que vive em rede[19], hiperconectada.

Para Stefano RODOTÀ, "a privacidade exige um tipo de proteção dinâmica, que segue o dado em todos os seus movimentos, como resultado de um longo processo evolutivo experimentado pelo conceito de privacidade"[20]. Um conceito que abrange desde o já citado direito de ser deixado só, até o direito do indivíduo de manter o

[16] RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.
[17] DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 02.
[18] LEMOS, Ronaldo. O vazamento de dados do fim do mundo. Folha de S. Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/3r8drjA>. Acesso em: 02 fev. 2021.
[19] CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura – volume 01. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17. ed., rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
[20] RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

controle sobre as suas informações e de estabelecer o modo de construção da sua esfera privada.

A revolução digital também provocou efeitos nos direitos da personalidade projetados *post mortem*. "No mundo digital existem bens que possuem inequívoco valor econômico e que, por essa razão, compõem o acervo hereditário passível de transmissão aos sucessores do falecido"[21]. É de se notar que nem tudo está relacionado ao aspecto econômico, pois as incursões pelo mundo virtual também produzem bens que "carecem de valor economicamente apreciável, mas cuja medida pode ser aferida por distintos critérios, tais como seu valor estimativo, como é o caso de fotografias ou vídeos"[22].

O ambiente virtual, devido ao aspecto intangível e quase efêmero do qual se reveste pode, por vezes, passar a ideia de que se está num meio livre e seguro, num falso paralelo com as ideias de liberdade e segurança forjadas no mundo físico. Engano pueril; por trás da aparência de neutralidade e assepsia do sistema está uma intrincada rede de captura, monitoramento e uso de dados, capaz de influenciar todas as decisões pessoais[23].

A cada instante, centenas de corporações e governos vigiam pesadamente cada passo dado, cada escolha feita. "Eles querem saber quem somos, o que pensamos, o que nos machuca. Eles querem predizer e influenciar nosso comportamento. Eles têm muito poder. E o poder deles vem de nós, de você, dos seus

---

[21] MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo; BRANDÃO AGUIRRE, João Ricardo; MURIACK DE FERNANDES E PEIXOTO, Maurício. "Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*". Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018, p. 597.

[22] MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo; BRANDÃO AGUIRRE, João Ricardo; MURIACK DE FERNANDES E PEIXOTO, Maurício. "Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*". Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018, p. 597.

[23] "O documentário *Privacidade hackeada* (2019) demonstra a gravidade do que o uso inapropriado de dados pessoais pode ter sobre a realidade. A obra fala sobre a Cambridge Analytica, parte do SLC Group, uma empresa privada especializada em pesquisa comportamental e comunicação estratégica, acusada de interferir nas eleições de diversos países ao redor do globo, entre elas, a eleição americana de 2016 e a votação para o Brexit. A empresa aproveitava-se do sonho de um mundo conectado e, posteriormente, da dependência coletiva desta conectividade, para coletar rastros digitais e utilizá-los em um mercado informal de dados". (MÜLLER BASTOS, João Leonardo; ARNT RAMOS, André Luiz. "Liberdade e privacidade ante o caráter anárquico do ambiente tecnológico". *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). Direito civil e tecnologia - tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 337-338)

dados"[24]. Troca-se a "liberdade por segurança"[25] nessa sociedade da vigilância, do consumo, de informação, em rede, enfim, de todas as sociedades que vivemos a um só tempo[26]. Parece distópico, como no enredo escrito por George Orwell (1984), mas não é.

Tem-se a sensação de que a privacidade se tornou um conceito obsoleto; pelo menos é isso que se quer que o usuário em rede pense. Em 2010, Mark Zuckerberg sugeriu o fim da privacidade como norma social e que as pessoas se sentissem cada vez mais confortáveis em compartilhar abertamente mais informações com o maior número de pessoas[27]. De certo modo, o pronunciamento do dono do Facebook sugere a morte da privacidade como se conhece. Este cenário é mais alarmante quando se percebe que, se antes era preciso alguém para minerar dados de usuários, como faziam os antigos mineiros que se aventuravam em cavernas escuras em busca dos segredos da terra, hoje o próprio usuário entrega de bom grado praticamente toda e qualquer informação em troca de alguns serviços e facilidades.

Uma atitude que certamente tem potencial para trazer graves consequências, já que pouco ou quase nada se falava da responsabilidade e consciência do usuário no gerenciamento de seus próprios dados nas redes. No Brasil, por exemplo, há referência ao sigilo das comunicações de dados na Constituição da República, "mas ela não contempla expressamente um direito fundamental à proteção e livre disposição dos dados pelo seu respectivo titular"[28].

---

[24] Tradução livre. No original: *"They want to know who we are, what we think, where we hurt. They want to predict and influence our behaviour. They have too much power. Their power stems from us, from you, from your data"* (VÉLIZ, Carissa. Privacy is power: why and how you should take back control of your data. Londres: Transworld Publishers, 2020, p. 06).

[25] CATALAN, Marcos. "A difusão de sistemas de videovigilância na urbe contemporânea: um estudo inspirado em argos panoptes, cérebros eletrônicos e suas conexões com a liberdade e igualdade". *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). Direito Civil e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.130.

[26] LIMA BERBERI, Marco Antonio. É preciso estar atento e forte! Breves apontamentos sobre disrupção tecnológica e proteção do consumidor. Disponível em: <https://bit.ly/3xVqp74>. Acesso em: 07 jun. 2021.

[27] No original: *"In 2010, Facebook founder Mark Zuckerberg suggested that privacy was no longer 'a social norm', that we had 'evolved' beyond it. 'People have really gotten comfortable not only sharing more information and different kinds, but more openly and with more people,' he said"*. (VÉLIZ, Carissa. Privacy is power: why and how you should take back control of your data. Londres: Transworld Publishers, 2020, p. 23).

[28] WOLFGANG SARLET, Ingo. Proteção de dados pessoais: para além da privacidade e autodeterminação informacional. Disponível em: https://bit.ly/36NLrZa. Acesso em: 18 jul. 2021.

Felizmente, de olho nesse cenário preocupante, alguns mecanismos foram e continuam a ser criados e pensados para tentar impor limites na exploração de dados pessoais. É o caso do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei nº 13.709/2018), que se embrenham na densa mata virtual na tentativa de forjar, entre outras coisas, uma salvaguarda da privacidade, mesmo em atos que à primeira vista parecem simples, como o dever de solicitar autorização para a inclusão de nome de certa pessoa em cadastro de dados ou o dever de possibilitar a correção de dados no mesmo cadastro pelo seu titular a qualquer tempo.

O direito à autodeterminação informativa confere a qualquer pessoa a possibilidade de exercer controle sobre seus dados pessoais e vem destacado no art. 2º, II, da LGPD. A ele conjugado está o direito ao consentimento informado (art. 7º, I, da LGPD) que indica certo grau de disponibilidade ao direito à privacidade. Em poucas palavras, pode-se permitir a coleta e utilização de dados pessoais para determinados fins, desde que haja esclarecimento dos objetivos a serem alcançados por quem deles se apropriou.

Merece destaque a recente aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019[29], que torna a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, um direito fundamental.

Todavia, se já é difícil garantir o mínimo de privacidade dentro dessa verdadeira sociedade do espetáculo contemporânea (na qual a exibição da intimidade funciona também como mecanismo de retaliação, a exemplo da chamada pornografia de vingança[30]), mesmo para aqueles que estão dentro dos parâmetros sociais hegemônicos, há de se imaginar então a dificuldade enfrentada por grupos minoritários e marginalizados e a urgência de se lhes assegurar certas garantias.

[29] "O Plenário do Senado aprovou, nesta quarta-feira (20), a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/2019, que torna a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, um direito fundamental. (...) O texto segue agora para promulgação, em sessão do Congresso Nacional ainda a ser marcada". (Agência Senado. Senado Federal aprova Proposta de Emenda à Constituição (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. Disponível em: https://bit.ly/3BJHYrN. Acesso em: 01 nov. 2021).

[30] A pornografia de vingança mereceu atenção também na seara criminal, com a tipificação trazida no art. 218-C, § 1º, do Código Penal.

Marcos EHRHARDT JÚNIOR lança alerta sobre a criação de novos tipos de exclusão social com o desenvolvimento tecnológico:

> O desenvolvimento da tecnologia e seu impacto nas relações humanas também vêm criando novos tipos de exclusão social, a exigir um olhar atento para que não se ampliem ainda mais as hipóteses de vulnerabilidade baseadas na falta de acesso à internet ou na ausência de educação para a vida digital[31].

As disposições legais se mostram suficientes à proteção, mas a pergunta que fica se liga ao alcance do conhecimento e a possibilidade de compreensão destes mecanismos de defesa. A efetivação do direito à privacidade, nestes termos, só pode ser alcançada com a conscientização popular; em palavras diretas, de nada adianta ter direitos se não se sabe do que se trata. É necessário um olhar mais apurado e ágil sobre a situação dos usuários do mundo virtual, que restam fragilizados diante da força das empresas de tecnologia, em verdadeira situação de vulnerabilidade[32] tecnológica.

Faltam políticas públicas capazes de promover educação digital para que os direitos dos usuários sejam efetivados. O ambiente digital carrega formas particulares de conhecimentos e práticas que se impõem aos usuários, os quais, por sua vez, se veem obrigados a aceitá-las. O consentimento informado só faz sentido se precedido do necessário esclarecimento sobre o seu alcance e quais limites são impostos a quem realizar a coleta de dados; só assim se pode pensar numa verdadeira autodeterminação informativa.

---

[31] EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. "Afinal, o que significa ser vulnerável no direito brasileiro"? *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coords.). Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro. Indaiatuba: Foco, 2021, p. III.

[32] Sobre vulnerabilidade, por todos, Marcos Ehrhardt Júnior: "Não importa se o contexto é de desvantagem econômica, social, etária, informacional, técnica ou tecnológica; não importa se estamos diante de um quadro histórico e estrutural ou meramente contingencial, o traço característico da vulnerabilidade é o exercício de poder sobre o outro, que reclama algum grau de intervenção para evitar os abusos decorrentes do exercício de protagonismo por apenas um dos sujeitos da relação jurídica, movido por interesses particulares que nem sempre encontram abrigo quando analisados sob a ótica dos direitos fundamentais. (EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. "Afinal, o que significa ser vulnerável no direito brasileiro"? *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coords.). Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro. Indaiatuba: Foco, 2021, p. IV).

CONCLUSÃO

Vive-se num mundo hiperbólico. Hiperconectividade, *big data*, superexposição são expressões que revelam um mundo gigante, enorme, que draga a pessoa a partir de um singelo *click*. Imersos nessa vastidão, os usuários navegam por águas agitadas, sem saber; sem saber como navegar corretamente e sem saber da turbulência. Enredados, não sabem que seus dados voam pelos ares, dentro de nuvens de informação invisíveis ou, se sabem, talvez não façam ideia do valor que eles representam. Amealhados gratuitamente, os dados pessoais se tornam poderoso ativo financeiro nas mãos das empresas de tecnologia. A privacidade, então, está em xeque.

O arcabouço legislativo para proteção dos dados pessoais vem sendo montado em base sólida, até pela sua inclusão como direito fundamental. Todavia, os direitos assegurados ao usuário devem a ele chegar. Quer-se dizer, é preciso que sejam desenvolvidas políticas públicas voltadas à educação e à cidadania virtuais. A vulnerabilidade tecnológica deve ser enfrentada por mecanismos de conscientização e de equilíbrio nas relações travadas entre usuários e as *big techs*.

Readquirir o controle sobre a privacidade é primordial, pois, renunciá-la – como se faz hoje – em troca de serviços e facilidades virtuais é um exercício perigoso que pode levar o usuário à ruína. Para evitar tal catástrofe, a ressignificação da privacidade passa pela compreensão do mundo virtual, conjugada com a efetividade dos dispositivos legais de proteção dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

Agência Senado. Senado Federal aprova Proposta de Emenda à Constituição 17 (PEC 17/2019) que inclui a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. Disponível em: https://bit.ly/3BJHYrN. Acesso em: 01 nov. 2021.

BERGSON, Henri. A evolução criadora. Tradução de Adolfo Casais Monteiro. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

CARNEIRO DE SOUSA, Catarina. Meta_Body: um projecto artístico de construção de avatares enquanto partilha criativa. Disponível em: https://bit.ly/3EHNsFr. Acesso em: 01 nov. 2021.

CARVALHO, Lucas. WhatsApp, Facebook e Instagram ficam fora do ar globalmente por 7 horas. Disponível em: https://bit.ly/3pUJXqX. Acesso em: 01 nov. 2021.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura – volume 01. Tradução de Roneide Venancio Majer. 17. ed., rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CATALAN, Marcos. "A difusão de sistemas de videovigilância na urbe contemporânea: um estudo inspirado em argos panoptes, cérebros eletrônicos e suas conexões com a liberdade e igualdade". *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). Direito Civil e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.128-144.

CHRISTENSEN, Clayton M.; RAYNOR, Michael E.; McDONALD, Rory. What is disruptive innovation? Disponível em: https://bit.ly/3k2qZeh. Acesso em: 01 nov. 2021.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. "Afinal, o que significa ser vulnerável no direito brasileiro"? *In:* EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola (Coords.). Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro. Indaiatuba: Foco, 2021, p. III-IV.

FINATO PIRES, Joyce; RODRIGUES, Jocê. Relacionamentos artificiais: a epidemia da solidão e a busca por prazeres no mundo virtual. Disponível em: https://bit.ly/3myrmij. Acesso em: 01 nov. 2021.

HUI, Yuk. Tecnodiversidade. Tradução de Humberto do Amaral. São Paulo: Ubu Editora, 2020.

LEMOS, Ronaldo. O vazamento de dados do fim do mundo. Folha de S. Paulo. Disponível em: <https://bit.ly/3r8drjA>. Acesso em: 02 fev. 2021.

LIMA BERBERI, Marco Antonio. É preciso estar atento e forte! Breves apontamentos sobre disrupção tecnológica e proteção do consumidor. Disponível em: <https://bit.ly/3xVqp74>. Acesso em: 07 jun. 2021.

LIMA BERBERI, Marco Antonio; FINATO PIRES, Joyce. "Mensagens e mensageiros: privacidade e confiança em tempos de disrupção tecnológica". *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). Direito civil e tecnologia - tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 273-284.

MALHEIROS DA CUNHA FROTA, Pablo; BRANDÃO AGUIRRE, João Ricardo; MURIACK DE FERNANDES E PEIXOTO, Maurício. "Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*". Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018.

MÜLLER BASTOS, João Leonardo; ARNT RAMOS, André Luiz. "Liberdade e privacidade ante o caráter anárquico do ambiente tecnológico". *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coords.). Direito civil e tecnologia - tomo II. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 337-351.

PECK PINHEIRO, Patricia. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei 13.709/2018 - LGPD. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

RICHARDSON, Megan. The right to privacy: origins and influence of a nineteenth-century idea. New York: Cambridge University Press, 2017.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. "Direitos fundamentais e direitos da personalidade". *In*: TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). 30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 659-730.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SIBILIA, Paula. O show do eu: a intimidade como espetáculo. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

VÉLIZ, Carissa. Privacy is power: why and how you should take back control of your data. Londres: Transworld Publishers, 2020.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. "The right to privacy". Harvard, v. 04, n. 05, p. 193-220, 15 dez. 1890.

WOLFGANG SARLET, Ingo. Proteção de dados pessoais: para além da privacidade e autodeterminação informacional. Disponível em: https://bit.ly/36NLrZa. Acesso em: 18 jul. 2021.

16. A PREVALÊNCIA DAS QUALIDADES URÂNICAS SOBRE AS TELÚRICAS. O TRADICIONALISMO NA REAÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO

THE PREVALENCE OF URANIC QUALITIES OVER TELLURICS. TRADITIONALISM IN THE REACTION TO GENDER EQUALITY

https://doi.org/10.36592/9786581110642-16

Marcos Augusto Maliska[1]

Resumo

A reação à igualdade de gênero tem fundamento no Tradicionalismo, na prevalência das qualidades urânicas sobre as telúricas. Ao partir da diferença natural entre os sexos para compreender as organizações sociais, entendendo que a sociedade e o Estado devem promover a vocação natural dos sexos, as ideias contrárias à igualdade de gênero irão rechaçar toda e qualquer forma de organização familiar que não esteja fundada na união entre um homem e uma mulher. Na simbologia tradicional, o masculino é a forma e o feminino a matéria. A forma significa o poder que determina, que suscita o princípio de um movimento, de um desenvolvimento, de um devir. A matéria significa a possibilidade pura e indeterminada, substância ou potência que nada é em si, mas que uma vez ativada e fecundada, pode dar origem a tudo. Apesar de formarem um par dinâmico de oposição, não há igualdade entre o masculino e o feminino no Tradicionalismo, pois a mulher apenas pode entrar na ordem hierárquica sagrada de maneira mediada, por meio das suas relações com o homem.
Palavras-chave: Pluralismo Constitucional; Tradicionalismo: Igualdade de Gênero; Família

Abstract

The reaction to gender equality is based on Traditionalism, on the prevalence of uranic qualities over telluric ones. By starting from the natural difference between the sexes to understand social organizations, understanding that society and the State must promote the natural vocation of the sexes, ideas contrary to gender equality will reject any form of family organization that is not based on union between a man and a woman. In traditional symbology, the masculine is the form and the feminine is the matter. Form means the power that determines, that gives rise to the beginning of a movement, a development, a becoming. Matter means pure and indeterminate possibility, substance or potency that is nothing in itself, but once activated and

[1] Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil. Procurador Federal integrante do Núcleo de Atuação Prioritária em Matéria Administrativa da Procuradoria Regional Federal da 4ª Região.

fertilized, it can give rise to everything. Despite forming a dynamic pair of opposition, there is no equality between male and female in Traditionalism, as women can only enter the sacred hierarchical order in a mediated way, through their relationships with men.
Keywords: Constitutional Pluralism; Traditionalism: Gender Equality; Family

Introdução

Os movimentos sociais e políticos das décadas de 1960, 1970 e 1980, que promoveram a liberação dos costumes, denunciaram a discriminação racial e de gênero, chamaram a atenção para a causa ambiental e reivindicaram melhores condições de vida nos países em desenvolvimento, ampliaram os rumos do movimento constitucional que se iniciou no segundo pós-guerra. Pautados na normatividade universal dos direitos humanos e no seu imenso potencial emancipatório, esse renovado movimento constitucional colocou os pactos constituintes sobre outras bases.[2]

A ideia de uma sociedade aberta, pluralista, inclusiva, que repudia a discriminação racial e de gênero, que se preocupa com a causa ambiental, bem como com a superação dos profundos problemas sociais, foi recepcionada no texto da Constituição brasileira de 1988 e acabou assumindo, a partir de então, a condição de referência que norteou, em maior ou menor grau, a posição dos diversos protagonistas do sistema político e da sociedade civil organizada. Tratou-se de um amplo consenso em torno da Constituição e da busca de sua efetividade.

Esse consenso, no entanto, foi quebrado nos últimos anos. Dentre os diversos aspectos que envolvem essa temática, a questão da igualdade de gênero apresenta-se como uma importante faceta desse dissenso. No presente texto procura-se relacionar o Tradicionalismo com a reação à igualdade de gênero, demonstrando o quanto essa teoria antimoderna alimenta a ideologia conservadora atual.

O Tradicionalismo é um movimento, uma ideologia, que defende um governo pautado em princípios que transcendem o que é apenas humano e individual, sendo

[2] MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 11.

que cada um de seus domínios é formado e ordenado de cima para baixo.[3] O Tradicionalismo é um campo de investigação no âmbito do direito constitucional no momento em que ele se contrapõe ao pluralismo, como a sua negação.

Nas palavras de Sedgwick, a década de 1960 foi claramente o maior ponto de inflexão cultural e intelectual do século XX no Ocidente, talvez mais do que 1914-18. O Tradicionalismo posterior a esse período, bem como o Ocidente, foram diferentes do que veio antes. Assim, como o "Renascimento" assistiu ao nascimento do "Perenialismo", que se encontra no coração do próprio Tradicionalismo, e como os anos 1914-18 apresentaram o Tradicionalismo, ao mesmo tempo que a velha Europa desaparecia, a revolução cultural da década de 1960 também lhe infundiu uma nova energia e foi o início do movimento Tradicionalista contemporâneo.[4] A revolução cultural da década de 1960 promoveu o pluralismo e renovou o constitucionalismo, e o Tradicionalismo ganhou impulso nesse período como o seu oposto.

Enquanto o Tradicionalismo se fundamenta no transcendente, o pluralismo se pauta em uma ética imanente, na qual o elemento comum do universalismo dos direitos humanos não se encontra mais restrito ao universo abstrato do racionalismo iluminista, mas é pensado em termos concretos, como autonomia e significação.[5] Pluralismo é, assim, expressão do mundo moderno, do desenvolvimento do direito racional como instrumento de regulação, mas também de emancipação social, no qual o sentimento de "bem comum" é construído pela interação dos cidadãos na arena pública, assentada no reconhecimento político da pessoa ética "diferente", com igualdade de direitos, que participa da criação do direito com autonomia pessoal e política.[6]

O presente texto está estruturado em três tópicos. O primeiro refere-se ao Tradicionalismo, com referência aos seus principais elementos, pertinentes à temática aqui abordada. No segundo, aborda-se a questão da igualdade de gênero, fazendo-se referência ao quadro normativo que a fundamenta, bem como as

---

[3] EVOLA, Julius. *Cavalcare la tigre. Orientamenti esistenziali per un'epoca della dissoluzione*. 5ª ed. Roma: Edizioni Mediterranee, 1995, p. 19.
[4] SEDGWICK, Mark. *Contra o Mundo Moderno. O Tradicionalismo e a histórica intelectual secreta do século XX*. Trad. Diogo Rosas G. Belo Horizonte: Âyine, 2020, p. 367.
[5] BRUGGER, Winfried. A pessoa humana dos direitos humanos. In. *Cadernos de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n. 5, 2005.
[6] FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 281

discussões que a envolvem. Por fim, no último tópico, como síntese do aqui tratado, analisa-se os traços do Tradicionalismo no discurso atual que reage à igualdade de gênero.

1 O Tradicionalismo

Sob influência de Jacob Bachofen (1815-1887) e sua tipologia binária, que opunha civilizações urânicas (masculinas) e telúricas (femininas), na qual a sociedade humana havia progredido de uma civilização inicial, matriarcal e inferiormente sensual, para civilizações patriarcais e espiritualmente puras[7], Julius Evola (1898-1974) inverteu a tese evolucionária de Bachofen, postulando um declínio do urânico ao telúrico, e enfatizando a ação, que via como uma qualidade urânica, associada, em termos hindus, com os xátrias ou a casta guerreira.[8]

Considerado um dos principais nomes do Tradicionalismo, Evola via a espiritualidade encarnada pelo papa, como chefe da Igreja, resumida a de "servos de Deus", como uma posição muito longe de significar a restauração da unidade primordial, muito mais um guelfismo que tinha afastado Roma da sua antiga tradição e que agora, no mundo cristão europeu, representava o princípio oposto, manifestado no símbolo que identificava a Igreja com a "Mãe" e que considerava o Imperador um dos seus filhos, ou seja, o ideal de supremacia guelfo expresso no retorno à antiga visão ginecocrática da autoridade, superioridade e do direito ao domínio espiritual do princípio materno sobre o masculino.[9]

Segundo Evola, os brâmanes (casta sacerdotal) e os xátrias (casta guerreira) formavam originalmente uma única casta, que se separou apenas durante o declínio da Tradição primordial. Tal declínio, segundo ele, produziu a dessacralização da existência: primeiro, o individualismo e o racionalismo, depois, o coletivismo, o

[7] BACHOFEN, Johann Jakob. *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*. Stuttgart: Krais & Hofmann, 1861. Essa transição, conforme anota Kubes, "amadureceu do simples ao complexo, do materialmente sensual ao princípio espiritual, da 'natureza das mulheres' à 'civilização dos homens". KUBES, Tanja Angela. Johann Jakob Bachofen: Das Mutterrecht. In. SALZBORN, Samuel. *Klassiker der Sozialwissenschaften. 100 Schlüsselwerke im Portrait*. 2ª ed. Wiesbaden: Springer, 2016, p. 48.
[8] SEDGWICK, Mark. *Contra o Mundo Moderno,* p. 188.
[9] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989, p. 380.

materialismo e o mecanicismo, até a abertura final às forças que pertencem não ao que está acima do homem, mas ao que está abaixo. Simultaneamente, aquilo que Evola chamou de lei do regresso das castas estava em operação, com o poder passando da casta guerreira e sacerdotal para a classe comerciante (como nas democracias burguesas) e finalmente para as castas dos servos (o proletariado), como na União Soviética. A casta sacra primordial era urânica e pré-cristã; o catolicismo, com sua concepção supostamente não tradicional de um Deus pessoal, terreno, era telúrico e característico da modernidade.[10]

No simbolismo tradicional, considera-se o princípio sobrenatural sempre como "masculino", e o da natureza e do devir como "feminino". São equivalentes a esta dualidade a díade Céu e Terra, a polaridade do princípio uraniano e do princípio telúrico ou ctônico, imagens cósmico-simbólicas dos eternos masculino e feminino. Na metafísica tradicional, o eterno masculino e o eterno feminino, nas suas expressões mais abstratas, se apresentam assim: o masculino é a forma, o feminino, a matéria. A "forma" significa o poder que determina, que suscita o princípio de um movimento, de um desenvolvimento, de um devir. A "matéria", por sua vez, significa a causa material e instrumental de todo o desenvolvimento, a possibilidade pura e indeterminada, substância ou potência que nada é em si, mas que uma vez ativada e fecundada, pode dar origem a tudo.[11]

A ideia-base da díade metafísica, que apresenta um caráter abstrato e ainda isento de mitologização e simbolização, é a de que a criação ou manifestação se realiza através de uma duplicidade de princípios compreendidos na unidade suprema, do mesmo modo que a procriação animal se verifica pela união do macho com a fêmea. Citando Aristóteles, escreve Evola que o "macho representa a forma específica; a fêmea, a matéria. Enquanto a fêmea é passiva, o macho é ativo".[12] Nos ensinamentos do mundo tradicional é peculiar o tema de uma dualidade ou polaridade original, relacionada com a dos sexos, que se apresenta tanto em termos puramente metafísicos, como através de figuras divinas e mitológicas, de elementos cósmicos, de princípios, de deuses e deusas.[13]

---

[10] SEDGWICK, Mark. *Contra o Mundo Moderno*, p. 188-189.
[11] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*. Trad. Elisa Teixeira Pinto. Porto: Afrodite, 1976, p. 138-139.
[12] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*, p. 138.
[13] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*, p. 135.

O homem tradicional tentou descobrir na própria divindade o segredo e a essência do sexo, ou seja, os sexos, antes de existirem fisicamente, existiam como forças superindividuais e como princípios transcendentes. Antes de surgirem na natureza, os sexos existiam na esfera do sagrado, do cósmico, do espiritual. Buscou-se na múltipla variedade de figuras divinas de deuses e deusas, a essência do eterno masculino e do eterno feminino, constituindo a diferenciação dos sexos dos seres humanos apenas um reflexo e uma manifestação particular.[14]

No que diz respeito à ação e à contemplação na divisão dos ideais do sexo, tem-se que "o *Guerreiro* (Herói) e o *Asceta* são os dois tipos fundamentais da virilidade pura. Em simetria com eles, também existem dois para a natureza feminina. A mulher realiza-se a si própria enquanto tal, eleva-se ao mesmo nível que o homem como *Guerreiro* e como *Asceta* na medida em que é *Amante* e na medida em que é *Mãe*".[15] Segundo ainda Evola, "ao gesto do Guerreiro e do Asceta que, um por meio da ação pura e outro, por meio do puro desapego, se afirmam numa vida que está para além da vida –na mulher corresponde o gesto de se dar toda a um outro ser, de ser toda para outro ser, quer seja ele o homem amado (tipo da Amante – mulher afrodítica), quer seja o filho (tipo da Mãe – mulher demétrica), e de nesse gesto encontrar o sentido da sua própria vida, a sua alegria e a sua justificação".[16] Segundo a tradição, "apenas de maneira mediata, por meio das suas relações com o outro – com o homem – a mulher pode entrar na ordem hierárquica sagrada".[17]

Para Evola, a homossexualidade, como correspondência completa com as relações sexuais normais entre homem e mulher, é um desvio, não de um ponto de vista comum moralista e convencional, mas justamente do ponto de vista de uma metafísica do sexo. Em uma "sociedade em que prevaleça o igualitarismo, onde as diferenças são contrariadas, onde se favorece a promiscuidade, onde o antigo ideal do 'ser igual a si mesmo' já nada diz, numa sociedade deteriorada e materialista, é evidente que o fenômeno de regressão, e com ele a homossexualidade, estão particularmente favorecidos, não sendo mero acaso o impressionante incremento do fenômeno da homossexualidade e do 'terceiro sexo' na 'democrática' época atual, o

[14] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*, p. 135.
[15] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*, p. 219.
[16] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*, p. 219.
[17] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*, p. 219-220.

mesmo sucedendo também com as mudanças de sexo que se verificam numa medida que parece não ter tido equivalência em épocas anteriores".[18]

No entanto, observa Evola, que a "referência às 'formas sexuais intermediarias', a um processo incompleto de sexualidade ou a uma regressão, não explica todas as variedades de homossexualidade. Existiram, com efeito, homossexuais masculinos que não eram efeminados nas 'formas intermédias', e igualmente homens de armas, indivíduos decididamente viris no aspecto e no comportamento, homens potentes que tinham ou podiam ter tido à sua disposição as mais belas mulheres. Esta homossexualidade não é fácil de explicar e tem-se o direito de, neste caso, falar de desvio e perversão, de um "vício" relacionado eventualmente com uma moda. Não se compreende, com efeito, o que pode impelir sexualmente um homem, verdadeiramente homem, para um indivíduo do mesmo sexo".[19] Segundo ainda o autor, "no que se refere particularmente aos sexos, o homem e a mulher apresentam-se como dois tipos, e quem nasce homem tem de se realizar como homem e quem nasce mulher tem de fazê-lo como mulher, totalmente, superando todas as misturas e promiscuidades".[20]

A análise de Evola da modernidade é uma variante do Tradicionalismo, diferenciando-se da de Rene Guénon (1886-1951) em sua prescrição. Para Guénon, a transformação do indivíduo pela iniciação seria o meio para a transformação do Ocidente como um todo, sob influência da elite. Evola nunca explicitou sua própria prescrição, talvez de maneira intencional, mas defendia a autorealização pela reintegração do homem em um estado de centralidade como "indivíduo absoluto", o que deveria ser atingido pela ação urânica. Ele listou seis práticas alternativas à iniciação: o estudo, a lealdade (definida como neutralidade interior, o oposto da hipocrisia), a retração, a energia viril, a visualização simbólica e a concentração interior.[21]

A distinção entre Evola e Guénon é abordada pelo próprio Evola em entrevista, na qual aponta que há diferenças que surgem daquela que é chamada a "equação pessoal", pois a sua constituição e tradição [dele, Evola] são diferentes daquelas de

[18] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*, p. 75-77.
[19] EVOLA, Julius. *A Metafísica do Sexo*, p. 77.
[20] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*, p. 219.
[21] SEDGWICK, Mark. *Contra o Mundo Moderno*, p. 189 e 194.

Guénon. Para Evola, Guénon é definitivamente um intelectual, e ele [Evola] o contrário, pelo aspecto ativo, a faceta da ação. E esta diferença se projeta em certa medida também nas respectivas interpretações que se concede à herança tradicional. Ao passo que Guénon enfatiza a função atribuída à contemplação e ao conhecimento, Evola não nega a função de conhecimento e da contemplação, mas afirma que ambos não são possíveis sem a ação. Na sua interpretação, Evola frequentemente enfatiza a tradição da ação. Guénon também concede maior prioridade à casta sacerdotal, como a depositária da contemplação, enquanto Evola concede proeminência às tradições Régias e Guerreiras. Essa diferença se reflete na função que se concede à Igreja e ao Império.[22]

Guénon considera que se o Ocidente está ligado à Tradição é graças à Igreja e à tradição Católica, porém, Evola afirma que a Tradição Imperial Gibelina é um expoente da Tradição de mesma dignidade, tendo uma dimensão sobrenatural que é muito clara na ideologia Gibelina dos Hohenstaufen, que dominaram o Sacro Império Romano-Germânico nos Séculos XII e XIII.[23]

O tornar-se invisível ou inacessível de tudo o que as tradições dos vários povos representaram e preservaram da tradição primordial, simboliza a passagem do manifesto ao oculto. Essa invisibilidade ou inacessibilidade não significa que se a considera menos real. O reino do Graal, esse centro que os eleitos da terra são chamados a fazer parte, de onde proveem os cavaleiros para países distantes em missões secretas e que, finalmente, é um viveiro de reis, é a sede de onde eles são enviados para várias nações, cujos nome e raça ninguém jamais saberá. O signo do Graal permanece uma realidade, mesmo que não relacionado a nenhum reino da história. Trata-se de uma pátria que nunca poderá ser invadida, à qual se pertence por um nascimento diferente do físico, por uma dignidade diferente de todas as outras do mundo e que reúne uma cadeia inquebrantável de homens espalhados no espaço e no tempo.[24]

---

[22] Conforme, Julius Evola - Entrevista - Parte 2 - Guénon, Mistério do Graal, Cavalgar o Tigre, Raça. https://www.youtube.com/watch?v=Ak39rmtYm0M Acessado em 07.05.2021.
[23] Conforme, Julius Evola - Entrevista - Parte 2 - Guénon, Mistério do Graal, Cavalgar o Tigre, Raça. https://www.youtube.com/watch?v=Ak39rmtYm0M Acessado em 07.05.2021.
[24] EVOLA, Julius. *El Misterio del Grial*. Trad. Francesc Gutiérrez. Palma de Mallorca: José J. Olañeta Editor, 1997, p. 70.

Durante um certo período, o medievo gibelino parecia apresentar as condições para que o reino do Graal passasse do oculto ao manifesto, afirmando-se como uma realidade interna e externa, a unidade da autoridade espiritual e do poder temporal. É nesse sentido que se diz que a realeza do Graal constituiu o ápice do mito imperial medieval. No entanto, a Igreja de Roma não podia admitir o Império como princípio superior àquele por ela representado.[25]

Segundo Evola, "a potência da tradição que deu a Roma a sua fisionomia, tornou-se evidente no fato de a nova fé [cristianismo], apesar de ter subvertido a civilização antiga, não ter sabido realmente conquistar o mundo ocidental enquanto cristianismo puro; de, onde quer que tenha chegado a atingir alguma grandeza, só conseguiu atingi-la em certa medida, traindo-se a si própria, e graças a elementos retomados da tradição oposta – elementos romanos e clássicos pré-cristãos".[26]

Para Evola, "o cristianismo só converteu exteriormente o homem ocidental (...) o Ocidente aceitou o cristianismo (...) mas na prática o Ocidente permaneceu pagão. O resultado, portanto, foi um hibridismo (...) que impediu o cristianismo de instaurar no ocidente uma tradição de tipo oposto, ou seja, sacerdotal e religiosa, de acordo com os ideais da *Ecclesia* das origens, com o *pathos* evangélico e o símbolo do corpo místico de Cristo".[27]

A decadência interna e o colapso político da Roma Antiga constituíram o colapso da tentativa de moldar o Ocidente de acordo com o símbolo imperial. A intervenção do cristianismo, devido ao tipo particular de dualismo por ele afirmado e ao seu caráter de tradição simplesmente religiosa, precipitou o processo de dissociação, a tal ponto que, após a irrupção das raças nórdicas, a civilização medieval tomou forma e se recompôs em parte sob o símbolo do império. Tratou-se o Sacro Império Romano-Germânico de um *restauratio et continuatio*, na medida em que o seu significado último foi uma continuação do movimento romano à uma síntese ecumênica, o que implicava a superação do cristianismo e, por consequência, em um conflito com a hegemonia, cada vez mais reivindicada, da Igreja de Roma.[28]

---

[25] EVOLA, Julius. *El Misterio del Grial*, p. 70-71.
[26] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*, p. 377.
[27] EVOLA, Julius. *Revolta contra o mundo moderno*, p. 377-378.
[28] EVOLA, Julius. *El Misterio del Grial*, p. 71.

O Tradicionalismo de Evola se constitui em uma ideologia que procura se contrapor ao igualitarismo do mundo moderno nas suas mais diversas formas. Sob o ponto de vista da temática da igualdade de gênero, a leitura de Evola da história ocidental retrata um declínio do urânico ao telúrico, do masculino ao feminino, expresso na perda das tradições régias e guerreiras. O mundo moderno telúrico, igualitarista e feminino é a expressão da rejeição dos mais altos valores da tradição primordial, assentada na prevalência das castas superiores (sacerdotal e guerreira) e do urânico (masculino) sobre o telúrico (feminino).

2 Igualdade de gênero

Na Cúpula do Milênio da Nações Unidas, realizada em Nova Iorque entre os dias 06 e 08 de setembro do ano de 2000, um encontro acompanhado por cem chefes de Estado e quarenta e sete chefes de governos, além de outras autoridades, representantes e jornalistas do mundo todo, foi adotada a "Declaração da Cúpula do Milênio das Nações Unidas" que considerou como valor fundamental essencial às relações internacionais no Século XXI, dentre outros, a garantia de "direitos iguais e oportunidades de mulheres e homens".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução 217 A III, de 10 de dezembro 1948, garantiu, no art. 16, que "os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução".

A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, no art. 17, n. 4, assegurou a "igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução", bem como no art. 24 "a igual proteção da lei" para todas as pessoas.

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe no art. 5, inciso I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"; e o

art. 226, par. 5º, que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

Da leitura das normativas internacionais, bem como da Constituição Federal, observa-se que a igualdade de gênero é uma norma jurídica a ser observada. Desta forma, ela não pode e não deve ser vista como fruto de uma luta política de um segmento da sociedade, mas como uma norma jurídica que carece de efetividade.

No mercado de trabalho, por exemplo, segundo dados de 2019, as "mulheres recebem apenas 77,7% dos salários dos homens no mesmo cargo e apenas 34,7% dos cargos gerenciais são ocupados pelo sexo feminino. Elas têm menor inserção no mercado de trabalho: 54,6% das mulheres de 25 a 49 anos com crianças de até três anos de idade estavam empregadas em 2019, contra 89,2% dos homens na mesma condição. Isso, apesar de serem mais escolarizadas: 25,5% delas concluiu o ensino superior, contra 18,3% dos homens com idades entre 25 a 34 anos".[29]

A desigualdade de gênero deve também ser compreendida sob o ponto de vista do recorte racial. Assim, por exemplo, na educação, "entre a população com 25 anos ou mais, 37,1% das mulheres não tinham instrução ou possuíam apenas fundamental incompleto. Entre os homens, esse percentual alcança 40,4%. (...) [Quando pontuada] as desigualdades entre as mulheres (...) a taxa ajustada de frequência escolar líquida das mulheres brancas é 40,9% e das mulheres pretas ou pardas, de 22,3%".[30]

Desta forma, sob os diversos aspecto que se analise a questão da igualdade de gênero, observa-se que essa norma jurídica está distante da sua real efetividade. Trata-se de uma norma ainda em vias de ser concretizada.

Na leitura de Barroso sobre as metas de desenvolvimento do milênio, a educação e a igualdade de gênero, tanto a educação impacta no empoderamento das mulheres, como o empoderamento das mulheres impacta na educação. Quanto ao primeiro, os "efeitos da educação no empoderamento da mulher se manifestam de

[29] Conforme os dados disponíveis em https://www.terra.com.br/noticias/estudo-do-ibge-apresenta-dados-recentes-sobre-a-desigualdade-de-genero,64d5f8334db4fdfe295d02a14dc1420a42ir9lgt.html#:~:text=As%20mulheres%20recebem%20apenas%2077,s%C3%A3o%20ocupados%20pelo%20sexo%20feminino. Acessado em 30.10.2021.

[30] Conforme os dados disponíveis em https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-03/estudo-revela-tamanho-da-desigualdade-de-genero-no-mercado-de-trabalho Acessado em 30.10.2021.

formas variadas, até mesmo pelo aumento do potencial de geração de renda, da autonomia nas decisões pessoais, do controle sobre a própria fertilidade e da maior participação na vida pública".[31] Segundo ainda a autora, "tais efeitos, no entanto, não são automáticos. Dependem muito de circunstâncias individuais e do contexto social, especialmente do nível de desenvolvimento econômico, da situação do mercado de trabalho e, especialmente, do grau de estratificação sexual na cultura predominante".[32]

O impacto do empoderamento das mulheres na educação, por sua vez, parte do pressuposto de que o progresso sustentável em direção à universalização da educação requer o empoderamento das mulheres e meninas, ou seja, melhoramento nos níveis de educação e participação no mercado de trabalho. Um dado revelador nesse sentido é observado no nível educacional da mãe como "um determinante forte sobre e consistente da matrícula e desempenho dos filhos na escola. (...) Estudos (...) mostram que as mães, com pelo menos um nível básico de educação, têm probabilidade muito maior de educar os filhos – e especialmente as filhas –, independentemente da influência de outros fatores".[33]

A base normativa de importantes documentos internacionais e nacionais (Constituição) que asseguram o direito à igualdade de gênero, criou as condições jurídicas para um debate político visando uma ampla discussão sobre a efetividade propriamente desse princípio do direito.

A igual proteção da lei assentada em uma ordem constitucional que protege a dignidade humana pensada não em termos metafísicos, mas concretos, abriu um amplo espaço de discussão sobre sexo, sexualidade, gênero, identidade, enfim, uma grande diversidade de formas de identificação social. Esse amplo movimento, por certo, encontrou reação no campo conservador, que passou a identificar essas lutas como uma ameaça às formas tradicionais de organização social, em especial, uma ameaça à família tradicional.

Nessa toada, esses debates passaram a ser designados por setores conservadores da sociedade como expressão de uma "ideologia de gênero", pautada

[31] BARROSO, Carmen. Metas de Desenvolvimento do Milênio, Educação e Igualdade de Gênero. In. *Cadernos de Pesquisa*, v. 34, n. 123, 2004, p. 575-576.
[32] BARROSO, Carmen. Metas de Desenvolvimento do Milênio, p. 576.
[33] BARROSO, Carmen. Metas de Desenvolvimento do Milênio, p. 577.

no chamado "marxismo cultural", que estaria a serviço de um igualitarismo destruidor dos costumes e das tradições.

O uso do conceito "gênero" ao invés de "sexo" se deu com o objetivo de mostrar que a sociedade patriarcal e não a diferença biológica (sexo masculino e sexo feminino), era a responsável pela subordinação das mulheres. Gênero, assim, passou a assumir uma dimensão cultural, deixando a palavra sexo para designar o aspecto natural ou biológico de cada ser humano.[34]

Nesse contexto, Miranda-Novoa propõe a distinção entre (i) perspectiva de gênero e (ii) ideologia de gênero. Na primeira, enfatiza-se a busca pela igualdade entre o homem e a mulher de forma "relacional", na qual se propõe uma organização social fundada na distinção dos sexos, porém em um nível de igualdade, sem hierarquias. Enfatiza-se o reconhecimento dos direitos das mulheres ressaltando os aspectos próprios da feminilidade, como a capacidade de ter filhos e de cria-los. O argumento relacional busca a igualdade sem rechaçar a diferença, pois considera injusta a situação das mulheres na sociedade, responsabiliza as instituições públicas e considera que a ação política poderia mudar esse estado de coisas, tudo sem desconsiderar que a mulher é um ser diferente do homem. A corrente relacional defende as demandas das mulheres de trabalharem fora de casa, de exercerem todas as profissões, de votarem, de receberem o mesmo tratamento dado ao homem pelo direito civil no que diz respeito tanto à propriedade, como ao direito das pessoas.[35]

Ainda no âmbito da análise relacional, os estudos de antropologia cultural demonstram que gênero é uma designação que não se dirige exclusivamente ao sexo feminino, mas expressa também o masculino. A informação obtida sobre a situação das mulheres é necessariamente também informação sobre os homens, pois se tratam de questões que não podem ser separadas. A feminidade não pode ser compreendida sem o contraste com a masculinidade. Nesse sentido, o feminismo relacional busca conjugar a questão da igualdade moral entre mulheres e homens com o reconhecimento explícito das diferenças sociais das funções sexuais de homens e mulheres. As feministas relacionais exigem políticas públicas voltadas

[34] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero y la ideología de género. In. *Díkaion*, año 26, vol. 21, n. 2, 2012, p. 344.
[35] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 345-346.

para o encorajamento e a ênfase na implementação do papel de procriação das mulheres, ao mesmo tempo em que levantam a necessidade de facilitar os caminhos pelos quais as mulheres possam ter independência financeira.[36]

Desta forma, a perspectiva de gênero, em síntese, é um instrumento que tem por finalidade a implementação transversal nas leis, instituições e sistemas organizativos da sociedade, do ideal da igualdade entre o homem e a mulher, não apenas formalmente, mas também materialmente.[37]

Em contraste com a perspectiva de gênero, Miranda-Novoa faz referência à ideologia de gênero, apontando que a primeira defende o direito à diferença entre homens e mulheres e promove a corresponsabilidade no trabalho e na família, enquanto que a segunda é uma abordagem radical que ignora e afasta a diversidade natural de ambos os sexos.[38]

Na ideologia de gênero, segundo Miranda-Novoa, predomina o enfoque individualista sobre os direitos dos homens e das mulheres. Um de seus principais objetivos, segundo a autora espanhola, é o igualitarismo, ou seja, a pretensão de equiparar social e legalmente as mulheres aos homens, seguindo o modelo unilateral imposto a estes pela Modernidade. Isso acaba por eliminar o espaço social ocupado tradicionalmente pelas mulheres, fazendo com que elas passem a buscar os valores masculinos para alcançar a igualdade.[39] Nesse contexto, trata-se de colocar as mulheres nas diferentes posições ocupadas até então pelos homens, porém mantendo intacto os valores masculinos, sobretudo o individualismo e o voluntarismo, buscando fazer da mulher um ser como o homem, desvalorizando o especificamente feminino, como a maternidade.[40]

Segundo Miranda-Novoa, trata-se de uma visão individualista dos direitos humanos, que exalta a busca pela autonomia pessoal em todos os aspectos da vida e, ao mesmo tempo, desqualifica, desaprova e rejeita como insignificante o papel socialmente definido do feminino, minimizando as qualidades e as contribuições

[36] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 346-347.
[37] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 347.
[38] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 348.
[39] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 348.
[40] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 348.

relacionadas ao sexo, incluindo a possibilidade de procriação.[41]

Conforme ainda Miranda-Novoa, a ideologia de gênero está assentada no feminismo radical, que surgiu na década de 1960, influenciado por correntes filosóficas e científicas como a psicanálise de Freud, a Escola de Frankfurt, o Círculo de Viena e, de maneira especial, o existencialismo e o marxismo, tendo como lema que "o pessoal é político", argumentando que as experiências pessoais das mulheres eram importantes e tinham consequências na sociedade e na cultura. Segundo ainda a autora, os militantes desse movimento, usando um vocabulário típico da filosofia da luta de classes, buscaram soluções radicais para o problema da subordinação das mulheres, concluindo que a supremacia absoluta do homem no reino da sexualidade e reprodução deveria ser atacada, libertando as mulheres da servidão sexual.[42]

Um aspecto importante que escapa da dicotomia de Miranda-Novoa, encontra-se nas outras formas de união. A autora, na verdade, acaba por excluir da sua compreensão de família "legítima", a possibilidade da existência de outras formas de uniões. Assim, escreve que uma das caraterísticas centrais da ideologia de gênero, além do já abordado igualitarismo entre homens e mulheres, é a equiparação da heterossexualidade, considerada pela autora como estrutura antropológica da pessoa humana, à homossexualidade, ao lesbianismo, a bissexualidade e a transexualidade. Para Miranda-Novoa, o casamento e a família, instituições tidas como pilares da sociedade, cuja característica principal e fundadora é a heterossexualidade, têm suas propriedades e funções originárias diminuídas e apagadas, quando são assimiladas a outros tipos de união.[43] Segundo ela, o mesmo ocorre com a adoção, que nesse contexto esvazia a contribuição da

[41] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 348.
[42] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 349.
[43] Essa defesa da família tradicional acaba por implicar no reconhecimento da validade exclusiva de uma formação de família. Segundo Dias, o discurso de verdade sobre a família se relaciona com a busca da "perpetuação dos papéis tradicionais de gênero que promovem a submissão das mulheres e determinam a maternidade como natural e a estrutura homofóbica que deslegitima pessoas homossexuais e transexuais por não se conformarem aos padrões hegemônicos estabelecidos de gênero e sexualidade". DIAS, Tainah Biela. A Defesa da Família Tradicional e a Perpetuação dos Papéis de Gênero Naturalizados. In. *Mandrágora*, v.23. n. 1, 2017, p. 49-70.

paternidade e da maternidade, retirando da criança o direito de ter um pai e uma mãe.[44]

A reação à igualdade de gênero está presente em diversos segmentos da sociedade, desde partidos políticos, organizações sociais, igrejas e em parte da mídia convencional. Trata-se de uma luta pela hegemonia no trato da questão. Enquanto progressistas defendem o pluralismo, no sentido de que as políticas públicas do Estado devem promover a diversidade, os conservadores defendem o Tradicionalismo, uma visão sacra do papel do masculino e do feminino na sociedade.

Nesse sentido, a título exemplificativo, é possível fazer referência ao Jornal Gazeta do Povo, do Paraná, que claramente expõe suas posições conservadoras. Nesse sentido, defende o Jornal que "é justamente a valorização da mulher e do homem em sua singularidade e complementaridade que exige a recusa de um traço fundamental da chamada teoria ou ideologia de gênero: a negação efetiva da diferença sexual. (...) uma progressiva instrumentalização dos ideais feministas ao longo das últimas décadas minou as suas forças, concentrando-as em pautas que o contradizem – como o desprezo pela maternidade e a afirmação de um suposto "direito" ao aborto. Assim, o *mainstream* feminista se tornou mais um agente de uma colonização ideológica que está longe de representar uma real preocupação pela valorização da mulher".[45] Segundo ainda a Gazeta do Povo, abordando a importância do casamento, "no matrimônio, o homem e a mulher, seres inacabados, praticam a generosidade pela entrega mútua e exclusiva, aberta ao surgimento de novos indivíduos. (...) [o casamento é] uma instituição natural, fundada na complementaridade biológica e psíquica entre homem e mulher".[46]

3 O Tradicionalismo na reação à igualdade de gênero

No presente artigo se sustenta que o combate à igualdade de gênero tem

[44] MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero, p. 351.
[45] Jornal Gazeta do Povo. Nossas Convicções. A valorização da mulher. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/nossas-conviccoes/a-valorizacao-da-mulher-d0xy38s11gq5llf27rtbh1n2s/ Acessado em 04.06.2021.
[46] Jornal Gazeta do Povo. Nossas Convicções. A importância do Casamento. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/nossas-conviccoes/a-importancia-do-casamento-d5h1vw9zad4ciyvupnylqgk5w/ Acessado em 04.06.2021.

fundamento no Tradicionalismo, na prevalência das qualidades urânicas sobre as telúricas. Essa constatação está presente (i) nas ideias que abertamente repelem todo e qualquer tratamento isonômico entre homem e mulher; (ii) naquelas que, apesar de admitirem a igualdade entre homens e mulheres, advogam em favor das diferenças "naturais" entre os sexos feminino e masculino e seus respectivos papeis sociais; (iii) bem como nas comuns aos dois primeiros segmentos, que não reconhecem legitimidade em toda e qualquer forma de organização familiar que não esteja fundada na união entre um homem e uma mulher.

Um aspecto que claramente identifica o movimento de reação à igualdade de gênero com o Tradicionalismo, encontra-se no reconhecimento explícito das diferenças sociais das funções sexuais de homens e mulheres, em especial o papel de procriação da mulher. A diferença natural entre os sexos é o ponto de partida de toda organização social, que deve promover a vocação natural dos sexos.

Essa compreensão está na essência do Tradicionalismo, que vê o masculino como a forma e o feminino como a matéria. A forma significa o poder que determina, que suscita o princípio de um movimento, de um desenvolvimento, de um devir. A matéria significa a possibilidade pura e indeterminada, substância ou potência que nada é em si, mas que uma vez ativada e fecundada, pode dar origem a tudo.

No tradicionalismo, ainda, enquanto o guerreiro e o asceta são os dois tipos fundamentais da virilidade pura, sintetiza a ação pura, a mulher se realiza e se justifica por meio do puro desapego, ao se doar toda a um outro ser, seja ele o homem amado (amante, mulher afrodítica), seja o filho (mãe, mulher demétrica).

A relação entre o masculino e o feminino na simbologia tradicional não é compreendida como um par dinâmico e isonômico de oposição, mas claramente é vista sob a perspectiva da superioridade do masculino, pois apenas de maneira mediada, por meio das suas relações com o homem, a mulher pode entrar na ordem hierárquica sagrada. O homem simboliza o sobrenatural, o metafísico, enquanto a mulher, a natureza e o devir, diferença que se projeta na díade Céu e Terra, na polaridade do princípio urânico e do princípio telúrico, imagens cósmicas-simbólicas dos eternos masculino e feminino.

Ao compreender a organização social a partir do papel natural do sexo feminino e do sexo masculino, esclarece-se as razões pelas quais a reação à

igualdade de gênero compartilha com o Tradicionalismo dos mesmos argumentos quanto ao rechaço de toda forma de organização familiar que não aquela formada entre um homem e uma mulher.

Ao considerar como família uma instituição fundada na heterossexualidade, a reação à igualdade de gênero, ao argumentar que a família perde suas propriedades e funções originárias quando assimila outros tipos de união, encontra-se em sintonia com o Tradicionalismo que considera a homossexualidade um desvio. Nesse aspecto, a convergência encontra-se também na crítica ao igualitarismo que contraria as diferenças. Segundo o Tradicionalismo, em uma sociedade na qual prevaleça o igualitarismo e as diferenças são contrariadas, é evidente que o fenômeno de regressão, e com ele a homossexualidade, estão particularmente favorecidos, não sendo mero acaso o impressionante incremento do fenômeno da homossexualidade e do terceiro sexo na democrática época atual, o mesmo sucedendo também com as mudanças de sexo que se verificam numa medida que parece não ter tido equivalência em épocas anteriores.

O aspecto central que harmoniza a reação conservadora à igualdade de gênero com o Tradicionalismo, encontra-se na sua pretensão homogeneizante. Ao reivindicar apenas uma forma de família, bem como o poder do Estado de excluir todas as outras formas de organização familiar, a reação à igualdade de gênero acaba por se contrapor ao princípio que estrutura a ordem constitucional, o princípio do pluralismo (art. 1º, inciso V da CF). Argumentar que as diversas formas de organização social possuem o legítimo direito de defender uma forma conservadora de sociedade, é advogar a defesa do pluralismo constitucional. No entanto, argumentar que o Estado deva atuar para que apenas uma forma "natural" de organização familiar seja considerada legítima, excluindo todas as outras, é, em síntese, negar a ordem constitucional que contempla um arranjo plural de organizações familiares que expressam formas dinâmicas de vida. Ao convergir para o Tradicionalismo na oposição ao Pluralismo, a reação à igualdade de gênero se coloca fora dos marcos do Estado Constitucional.

Ao argumentar que "embora seja consenso, entre os ocidentais, que os homossexuais não devem ser presos, punidos ou discriminados por suas práticas e

afetos, a controvérsia sobre a possibilidade do casamento homoafetivo persiste"[47], se pretende criar uma hierarquia entre as pessoas que não tem espaço na ordem constitucional. De que forma não se está discriminando se se nega às uniões homoafetivas o direito de constituir uma família?

Como não é possível ao Estado e às leis proibirem o afeto, o amor e o desejo, se busca restringir o acesso aos direitos, tolerando as práticas como fruto dos impulsos não controlados. Por certo que aquilo que é descrito pelo Tradicionalismo como o par perfeito, a união do masculino com o feminino, não é a única forma de relacionamento amoroso e sexual praticado entre as pessoas. No atual estágio de avanço civilizacional, o marco normativo internacional dos direitos humanos, replicado nas Constituições nacionais, dão amplas condições para se entender que é legítima a pretensão do reconhecimento político dessas outras formas de relacionamento afetivo e sexual. Não se trata mais de entender que essas práticas estão reclusas ao campo privado, não merecendo o reconhecimento público.

É compreensível a reação conservadora a esse avanço normativo e político, visto já em momentos anteriores, quando dos embates em torno da possibilidade de dissolução do casamento. Nesse sentido, merece referência o depoimento de Ernest Hambloch (1886-1970), então cônsul britânico no Rio de Janeiro, acerca do papel da religião na Constituição brasileira de 1934. Comentando a sentença "pondo a nossa confiança em Deus", constante do preâmbulo da Constituição de 1934, afirma Hambloch que a mesma é bastante significativa, pois em um "país onde as tragédias domésticas são frequentes, porque não existe lei de divórcio, e onde a ausência de tal lei significa que as diferenças maritais criam um sério problema social, porque não há remédio legal para ajustar a inevitável e normal relação entre outro homem e outra mulher, existe um acordo geral entre os homens pensantes que uma lei de divórcio é uma necessidade gritante".[48]

---

[47] Conforme BARBOSA, Renan. Casamento homoafetivo avança em meio a controvérsias. In. Jornal Gazeta do Povo de 07.07.2017. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/justica/casamento-homoafetivo-avanca-em-meio-a-controversias-db92c45ulnfkuigf9vj1ei843/ Acessado em 01.11.2021.

[48] HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional: 1889-1934*. Trad. Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000, p. 100.

Esse desconforto entre os conservadores com os avanços da modernidade ocidental é outro aspecto possível de vinculação da reação à igualdade de gênero com o Tradicionalismo, ou seja, a comunhão do entendimento que a modernidade ocidental impõe uma crise civilizacional, traduzida no rompimento com o seu passado cristão católico, expresso nas teorias modernas do racionalismo, cartesianismo, cientificismo, empirismo e materialismo, na substituição do tempo cíclico pelo tempo linear do progresso, no humanismo do renascimento, que reduziu tudo a proporções puramente humanas.[49]

Referências

BACHOFEN, Johann Jakob. *Das Mutterrecht. Eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*. Stuttgart: Krais & Hofmann, 1861.

BARBOSA, Renan. Casamento homoafetivo avança em meio a controvérsias. In. Jornal Gazeta do Povo de 07.07.2017. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/justica/casamento-homoafetivo-avanca-em-meio-a-controversias-db92c45ulnfkuigf9vj1ei843/ Acessado em 01.11.2021.

BARROSO, Carmen. Metas de Desenvolvimento do Milênio, Educação e Igualdade de Gênero. In. *Cadernos de Pesquisa*, v. 34, n. 123, 2004.

BRUGGER, Winfried. A pessoa humana dos direitos humanos. In. *Cadernos de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n. 5, 2005.

DIAS, Tainah Biela. A Defesa da Família Tradicional e a Perpetuação dos Papéis de Gênero Naturalizados. In. *Mandrágora*, v. 23. n. 1, 2017.

EVOLA, Julius. *Cavalcare la tigre. Orientamenti esistenziali per un'epoca della dissoluzione*. 5ª ed. Roma: Edizioni Mediterranee, 1995.

_____. *Revolta contra o mundo moderno*. Trad. José Colaço Barreiros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1989.

_____. *A Metafísica do Sexo*. Trad. Elisa Teixeira Pinto. Porto: Afrodite, 1976.

[49] Nesse sentido, ver GUÉNON, René. *A Crise do Mundo Moderno*. Trad. Bete Torii. São Paulo: Clube do Taró, 2007; GUÉNON René. *Oriente e Occidente*. Trad. Italiana de Pietro Nutrizio. Milão: Oriental Press, 2005.

_____. *El Misterio del Grial*. Trad. Francesc Gutiérrez. Palma de Mallorca: José J. Olañeta Editor, 1997.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. Trad. Denilson Luis Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

GUÉNON, René. *A Crise do Mundo Moderno*. Trad. Bete Torii. São Paulo: Clube do Taró, 2007.

_____. *Oriente e Occidente*. Trad. Italiana de Pietro Nutrizio. Milão: Oriental Press, 2005.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional: 1889-1934*. Trad. Lêda Boechat. Brasília: Senado Federal, 2000.

KUBES, Tanja Angela. Johann Jakob Bachofen: Das Mutterrecht. In. SALZBORN, Samuel. *Klassiker der Sozialwissenschaften. 100 Schlüsselwerke im Portrait*. 2ª ed. Wiesbaden: Springer, 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013.

MIRANDA-NOVOA, Martha. Diferencia entre la perspectiva de gênero y la ideología de género. In. *Díkaion*, año 26, vol. 21, n. 2, 2012.

SEDGWICK, Mark. *Contra o Mundo Moderno. O Tradicionalismo e a histórica intelectual secreta do século XX*. Trad. Diogo Rosas G. Belo Horizonte: Âyine, 2020.

17. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS Y LA PRÁCTICA DEL ESTADO CHILENO: ANÁLISIS DESDE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS

https://doi.org/10.36592/9786581110642-17

María Ignacia Sandoval Gallardo[1]

Resumen

Este trabajo tiene por finalidad analizar la prohibición de expulsiones colectivas y contrastarlas con la práctica reciente del Estado chileno desde la perspectiva de los estándares interamericanos en la materia. Consideramos que la práctica estatal es contraria a los derechos fundamentales de las personas migrantes al practicar expulsiones colectivas como forma de política estatal.
Palabras Clave: prohibición de las expulsiones colectivas; estándares interamericanos; migrantes.

Abstract

This paper aims to analyze the prohibition of collective expulsion of aliens and contrast them with the recent practice of the Chilean state from an InterAmerican human rights perspective. We considered that the state practice is contrary to migrant's human rights when the state practices as a state policy collective expulsion of foreigners.
Keywords: prohibition of collective expulsion of aliens; InterAmerican human rights standards; Migrants.

Introducción

La prohibición de las expulsiones colectivas es un derecho fundamental que encuentra su reconocimiento en diversos instrumentos internacionales, tanto de hard law como soft law. La importancia del respeto de este derecho está dada en torno a su carácter de limitante a la soberanía estatal.

---

[1] Abogada (Chile), Magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Investigadora y profesora del Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Profesora Adjunta Derechos Fundamentales y Derecho Nacional Ambiental Universidad Andrés Bello. Profesora de Derecho Constitucional, Profesora en Diplomado en Derechos Humanos (módulo migrantes) del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de Universidad de Talca.

El aumento de los flujos migratorios hacía Chile y especialmente, la crisis humanitaria que se vive en el norte del país, no ha llevado a preguntarnos ¿Cómo se conjuga este derecho fundamental de los migrantes y la política migratoria estatal? ¿Cumple el Estado chileno los estándares mínimos emanados del Sistema Interamericano de derechos humanos?

Nuestra hipótesis es que el Estado chileno viola derechos humanos de los migrantes al practicar expulsiones colectivas como forma de política estatal. Para acreditar lo anterior, haremos referencias al "Plan Colchane"[2], impulsado por el Ministerio del Interior para concretar expulsiones de migrantes a través de la contratación de vuelos para concretar la sanción a aquellos que ingresen por paso no habilitado. Dentro del Plan se contempla el apoyo de las Fuerza Armadas para el control migratorio[3]

Este trabajo se divide en tres partes, en el primer apartado haremos referencia al contenido y alcance de la prohibición de expulsiones colectivas, en un segundo punto trataremos los estándares interamericano referentes a la prohibición de expulsiones colectivas y finalmente contrastaremos los anterior con la práctica del Estado chileno.

1 Prohibición de Expulsiones colectivas: contenido y alcance de la prohibición

En este punto desarrollaremos el sentido y alcance de este derecho fundamental, haciendo referencia a los instrumentos que lo han reconocido. También haremos mención de su consagración a nivel nacional, en la legislación migratoria.

Antes de entrar a tratar el contenido de la prohibición de las expulsiones colectivas, es necesario referirnos, inicialmente, a qué significa la expulsión dentro del ordenamiento jurídico tanto internacional como nacional.

La expulsión consiste en una sanción aplicable al no nacional que tiene como consecuencia el abandono del territorio del Estado receptor. Se entiende por ella

[2] https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/02/10/1011796/delgado-expulsion-inmigrantes-ilegales-vuelo.html [Fecha de consulta: 4/11/2021].

[3] https://www.latercera.com/politica/noticia/crisis-migratoria-gobierno-anuncia-plan-colchane-y-campana-en-el-extranjero-con-advertencia-de-expulsion-para-quienes-ingresen-por-pasos-no-habilitados/3DWYVLAFRVA4FDU4PWNGLEFQ6Q/.

como el "acto jurídico o comportamiento, atribuible a un Estado, por el cual un extranjero es compelido a abandonar el territorio de ese Estado"[4] . La expulsión se asocia al ejercicio de la soberanía de los Estados, que en virtud de ella, puede decidir quien ingresa o se mantiene en el Estado receptor (país de destino o tercer país que recibe a una persona. En el caso del retorno o repatriación, también se considera país receptor al país de origen)[5]. En este sentido si bien no hay ninguna norma del derecho internacional que prohíba la expulsión, esta medida debe respetar los derechos fundamentales de los extranjeros o migrantes como principal limitante[6].

1.1 Consagración internacional de la prohibición de expulsiones colectivas

En este punto haremos referencia a instrumentos internacionales, con especial énfasis a aquellos tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile. La razón de aquello es en base a lo establecido en el artículo 5º, inciso 2º de nuestra Constitución, que consagra como un límite a la soberanía del Estado, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Este constituye el piso mínimo estatal en torno a la obligaciones que emanan de la prohibición de expulsiones colectivas. A mayor abundamiento, la norma constitucional en comento consagra como obligaciones a los órganos del Estado y particulares el respeto de los derechos fundamentales. En palabras de Humberto Nogueira, el artículo 5º inciso 2º establece el bloque constitucional de derechos[7].

La primera norma internacional a la cual haremos referencia es el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que el extranjero que se halle legalmente en el país solo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley[8].

---

[4] ONU, documento A/69/10, 2014.
[5] OIM, glosario de términos, 2019. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/.pdf
[6] Aguilar y Sandoval (2021), p. 8.
[7] Nogueira (2015), pp. 322 y 323.
[8] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, publicado en Diario Oficial 29 de abril de 1989.

A su vez, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares reitera el principio anterior en el artículo 22.2. A su vez en el artículo 22.1 indica que "los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente" [9] . Cabe mencionar que el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares es el órgano autorizado por los Estados para interpretar las normas de la Convención. En su Observación General Nº 2, explicó el contenido del artículo 22, desarrollando el sentido y alcancel de artículo 22, indicando que hay una serie de principios que deben ser respetados en los procedimientos de expulsión para evitar la arbitrariedad de la medida. A saber estos principios son : la no devolución[10]; la prohibición de expulsiones masivas[11]; las garantías mínimas en la expulsión[12]; la protección consular[13] .

El artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se consagra el derecho de circulación y de residencia, específicamente en el número 9 indica: "Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros"[14].

Adicionalmente, es pertinente mencionar dos Opiniones Consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que se relacionan con la materia objeto de análisis. En primer lugar, tenemos la OC- 18/03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, que indica que al momento de regular

[9] Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de
sus Familiares, 18 de diciembre de 1990 , publicada Diario Oficial 8 de junio de 2005.
[10] Observación General No 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y
de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 50. También ver Aguilar y Sandoval (2021), p. 9.
[11] Observación General No 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y
de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 51. También ver Aguilar y Sandoval (2021), p. 9.
[12] Observación General No 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y
de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 52 a 58. También ver Aguilar y Sandoval (2021), p. 9.
[13] Observación General No 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y
de sus Familiares, 28 de agosto de 2013, párr. 59. También ver Aguilar y Sandoval (2021), p. 9.
[14] Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, publicada Diario Oficial 5 de enero de 1991.

la movilidad humano los Estados requieren contemplar que "los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos"[15]. Por otra parte, se reconoce la facultad estatal de fijar políticas migratorias relacionadas con el ingreso, permanencia o salida de personas migrantes, siempre que sean conforme con los derechos humanos y su pleno respeto[16].

Destacamos de esta Opinión Consultiva la utilización del principio de *ius cogens* de igualdad y no discriminación, que ha sido la piedra angular de construcción de la jurisprudencia de la Corte IDH en el derecho internacional de los migrantes[17]. Lo anterior conlleva que la protección de los derechos humanos de los migrantes es una obligación que debe ser ejecutada indistintamente de la situación migratoria[18].

La segunda Opinión Consultiva OC- 25/18 solicitada por la República de Ecuador en torno a la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección. Ahí nos centraremos en torno al principio de no devolución, donde la Corte IDH utilizando una interpretación evolutiva ha considerado que este principio no es solo fundamental para aquellos solicitantes de asilo o refugio, sino que también en aquellos casos donde la vida, la integridad y la libertad de la persona pueda verse afectada, especialmente considerando, que la finalidad de este principio es preservar estos derechos[19].

Esto se condice con una interpretación evolutiva y pro homine de este principio asociado con la no discriminación, es así, como sostenemos que este principio no se circunscribe a refugiados sino que debería ser considerado por la autoridad, sea administrativa o judicial, al momento de aplicar la sanción de expulsión de migrantes. Lo contrario, podría llevar a vulneración de derechos humanos.

En cuanto a instrumentos de soft law, haremos referencia a los Principios interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes,

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/0, 17 de septiembre de 2003. También Sandoval (2021), en prensa.
[16] Opinión Consultiva OC 18/03, de 17 de septiembre de 2003, párr. 169. También Opinión Consultiva OC 21/14, de 19 de agosto de 2014, párr. 39.
[17] Olea (2016), p. 268.
[18] Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2, Migrantes (2015), p. 8.
[19] Opinión Consultiva OC 25/18, de 30 de mayo de 2018, párr. 180.

refugiadas, apátridas y víctimas de trata de personas elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[20]. En su artículo 72 que se encuentra dentro de la regulación de garantías en procesos y procedimientos de repatriación, deportación y expulsión y dice así:

> *"Prohibición de la expulsión o deportación colectiva. La expulsión o deportación colectiva es manifiestamente contraria al derecho internacional. La expulsión o deportación colectiva se define como una expulsión efectuada sin determinación individual de estatus, sino en base a determinaciones colectivas, cualquiera sea el tamaño del grupo. La ausencia de un análisis razonable y objetivo del caso individual de cada persona caracteriza la expulsión o deportación colectiva como intrínsecamente arbitraria y exige su prohibición. Por lo tanto, cada caso de expulsión o deportación debe ordenarse en torno a una decisión individual, con especial atención a las necesidades de protección internacional.*
> *Los procesos sumarios de deportación o políticas de retorno directo son contrarios a las garantías del debido proceso, en cuanto privan a los migrantes del derecho a ser oídos, defenderse adecuadamente e impugnar su expulsión o deportación".*

Agregamos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 14.1 señala:

> "1. *En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*". La Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas de 1994 que hace referencia al principio de no devolución, especialmente enfatizamos la conclusión décima que dice: "*Reafirmar que tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar. Estos derechos inalienables deben respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus*

[20] CIDH, Resolución 4/2019 "principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas" aprobada el 7 de diciembre 2019.

> *hogares, debiéndose proveerles además lo necesario para garantizar su bienestar y dignidad humana".*

La Declaración de Cartagena de 1984 que señala en su recomendación quinta: "*Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de jus cogens*".

Es del caso mencionar la Resolución 2/18 de la CIDH migración forzada de venezolanos exhortó a los Estados miembros de la OEA, adoptar entre otras medidas:

> "*Respetar el principio y derecho a la no devolución (non-refoulement) a territorio venezolano, sea a través de procedimientos de deportación o expulsión o cualquier otra acción de las autoridades, de personas venezolanas que estarían en riegos de persecución u otras violaciones graves a sus derechos humanos, incluyendo un riesgo de afectación grave a su salud o a su vida por condiciones médicas, en concordancia con el derecho a la no devolución establecido en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Lo anterior incluye la prohibición de rechazo en frontera y la prohibición de expulsiones colectivas*"[21].

Añadimos otro instrumento que es el Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina de 2004, que reconoce el carácter de jus cogens del principio de la no devolución.

Si bien no están normas no definen propiamente tal la prohibición de las expulsiones colectivas, la Corte IDH ha dicho que: "el criterio fundamental para determinar el carácter "colectivo" de una expulsión no es el número de extranjeros

[21] CIDH, Resolución 2/18 migración forzada de venezolanos, aprobada en Bogotá, Colombia, en el marco de su 167 período de sesiones, a los dos días del mes de marzo de 2018.

objeto de la decisión de expulsión, sino que la misma no se base en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero[22].

Los elementos que caracterizan a la expulsión colectiva son: como la citación o detención de personas de la misma forma, en el mismo lugar y tiempo; el traslado en los mismos medios y tiempo, la rapidez temporal de ejecución de las expulsiones y el discurso político sobre planes de expulsión.

Como veremos más adelante, estas características están presenten en la práctica del Estado chileno, sobre todo en el caso de las expulsiones administrativas de venezolanos desde febrero de 2021.

1.2 Consagración en la legislación migratoria chilena

El texto constitucional no consagra expresamente esta prohibición, pero forma parte de la constitución material, en virtud del artículo 5º, inciso 2º, ya mencionado y el artículo 19, que consagra el catalogo de derechos fundamentales. Esta norma no distingue entre chileno y extranjeros, lo que nos permite sostener que los migrantes, indistintamente de su situación migratoria (regular o irregular) son titulares de derechos fundamentales y deben ser debidamente protegidos.

Ahora bien, a nivel legal, haremos mención de dos normas, el D.L Nº 1094 de 1975 (ley de Extranjería) y la Ley Nº 21.325 de 2021 (Ley de Migración y Extranjería). Ésta última aún no entra en vigencia, pero vale la pena mencionar en torno a la materia que estamos analizando en este trabajo.

Ambas normas consagran la expulsión como una sanción administrativas cuando se produzcan las causas legales que habilitan a la autoridad (administrativa o judicial) a decretarla. Dicho lo anterior en el caso del D.L. Nº 1094, podemos mencionar el artículo 68 y 69 que se refieren a causales de expulsión. Nos centraremos en el caso del artículo 69 que dice:

> *"Los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo.*

[22] Corte IDH, Caso personas haitianas y dominicas vs. República Dominicana, párr. 361, 362 y 363. También, Corte IDH Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párrs. 171 a 172.

> *Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo.*
>
> *Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*
>
> *Una vez cumplida la pena impuesta en los casos precedentemente señalados, los extranjeros serán expulsados del territorio nacional*"[23].

Esta norma lo que consagra es un delito administrativo por el ingreso clandestino al país, en este caso estamos en presencia de migrantes en situación irregular.

Esta norma es preconstitucional y preconvencional, por lo que carece de un enfoque de derechos y no está en conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los migrantes[24].

Por su parte, la Ley Nº 21.325 en su artículo 126 define la expulsión, entendiéndola como:

> "*Expulsión del territorio. La expulsión es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en la ley para su procedencia.*
>
> *La medida de expulsión puede ser decretada por resolución fundada de la autoridad administrativa correspondiente, o por el tribunal con competencia penal, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico y, en especial, con lo dispuesto en la ley Nº 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad*"[25].

Agrega en su artículo 129, las consideraciones que deberán ser sopesadas al momento de decretar una expulsión:

---

[23] Decreto Ley Nº 1094, publicado en el Diario Oficial el 19 de julio de 1975.
[24] Díaz (2020), p. 343.
[25] Ley Nº 21.325 aún no entra en vigencia, por lo que continua siendo aplicable el Decreto Ley Nº 1094.

"1. La gravedad de los hechos en los que se sustenta la causal de expulsión.

2. Los antecedentes delictuales que pudiera tener.

3. La reiteración de infracciones migratorias.

4. El período de residencia regular en Chile.

5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.

6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar.

7. Las contribuciones de índole social, política, cultural, artística, científica o económica realizadas por el extranjero durante su estadía en el territorio nacional".

Por su parte, en el artículo 130 consagra la prohibición de expulsiones colectivas, en los siguientes términos: "Los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectivas, debiéndose analizar y decidir cada caso en forma individual".

Cabe mencionar que los nacionales venezolanos, para poder radicarse en Chile, requieren de la Visa de Responsabilidad Democrática que desde el año 2018, se exige para poder ingresar de forma regular a Chile, a diferencia de otras nacionalidades [26] . Este permiso de residencia temporal trae aparejado las presentación de diversos antecedentes para que sea concedida la visa, entre ellos, certificado de matrimonio o de nacimiento, de acuerdo con lo que aplique. Debe estar apostillado y haber sido emitido en Venezuela en un plazo no mayor de 60 días y Pasaporte emitido desde 2013 hasta la fecha, incluso vencido. No aceptan pasaportes anteriores a ese año.

Como se aprecia el tratamiento diferenciatorio conlleva una serie de obstáculos que imposibilitan en muchos casos un ingreso regular, ya sea demora en la tramitación, la alta tasa de rechazos y el cierre masivo de procesos de a finales del

[26] Oficio circular No 96, de fecha 9 de abril del 2018 del Subsecretario de Relaciones Exteriores que instruye el otorgamiento a nacionales de la República Bolivariana de Venezuela de un Visado de Responsabilidad Democrática.

año 2020[27]. Lo anterior, ha tenido como consecuencia el aumento de flujo migratorio con ingreso clandestino, que constituye una causal de expulsión.

De lo dicho hasta ahora del marco legal migratorio chileno, podemos indicar lo siguiente:

> a) la normativa vigente y aplicable carece de un enfoque de derechos y está centralizada a criterios de utilidad del migrante.
> b) Existe una criminalización de la migración irregular, al existir el delito migratorio de ingreso por paso no habilitado o clandestino.
> c) Las causales para decretar la expulsión son amplias, permitiendo una alta discrecionalidad en su aplicación.
> d) Existen deficiencias procedimentales, especialmente, referentes a la notificación de la expulsión, derecho a ser oído y recurso efectivo de impugnación de la expulsión.
> e) Ausencia del reconocimiento expreso en el DL 1094 de la prohibición de expulsiones colectivas y la no devolución[28].

2 Estándares interamericanos en torno a la Prohibición de Expulsiones colectivas

En este punto haremos referencias a algunos estándares provenientes de algunos casos contenciosos de la Corte IDH, en los cuales se ha pronunciado sobre la prohibición de las expulsiones de colectivas y su relación con el procedimiento de expulsión y el efectivo ejercicio de los derechos de circulación y de residencia, a las garantías judiciales y a la protección judicial[29].

Antes de trata los estándares emanados de la Corte IDH, partiremos con el concepto de expulsión colectiva emanado de la CIDH, señalando lo siguiente:

---

[27] En Estrado (2021), 4 de mayo 2021. Disponible en: https://enestrado.com/expulsion-de-migrantes-en-chile-tres-niveles-de-ilegalidades-y-desproteccion-por-francisca-vargas-y-macarena-rodriguez/

[28] Díaz (2020), pp. 341- 344.

[29] Corte IDH, Caso personas haitianas y dominicas vs. República Dominicana, párr. 361, 362 y 363. También, Corte IDH Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párrs. 171 a 172. Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs, Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 133. Corte IDH, Corte IDH, Caso Vélez Loor versus Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr.

> "*toda medida de expulsión de una persona extranjera que no sea basada en criterios individuales, sino en consideraciones de grupo, aunque el grupo en cuestión no sea numeroso. Asimismo, enfatizó que las expulsiones colectivas, además de violar el derecho de residencia y tránsito, cuentan con el potencial de violar muchos otros derechos, entre ellos, la vida, la seguridad, la libertad, así como el principio de no devolución y el derecho de buscar y recibir asilo; ya que implican la expulsión de personas sin la realización de un estudio individualizado de su situación migratoria, con independencia de que estas padezcan de persecución o amenaza a alguno de sus derechos*"[30].

Aparece de manifiesta la interrelación existente entre la prohibición de las expulsiones colectivas y otros derechos fundamentales, tales como la libertad personal, la igualdad y no discriminación , debido proceso y no devolución, entre otros. Por lo que la infracción a esta prohibición es contraria a los derechos humanos, especialmente, la situación de vulnerabilidad de migrantes en el ejercicio de sus derechos[31].

La expulsión debe provenir de un procedimiento con garantías mínimas de carácter individual, razonable y objetivo en que sean consideraciones las especiales circunstancias personales del migrante[32].

En el caso Vélez Loor la Corte IDH hace referencia a la importancia de la defensa jurídica y las garantías del debido proceso. En torno a ello señaló que

> "*en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En efecto, en casos como el presente en que la consecuencia del*

[30] CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. OAS/Ser.L/V/II.155, Doc. 16. 24 julio 2015, párrs. 102 y 103.
[31] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), "Migrantes en situaciones de vulnerabilidad". Perspectiva del ACNUR, Junio 2017, disponible en: https://www.refworld.org.es/docid/597c03374.html
[32] CIDH, compendio Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria : aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 5 de agosto de 2020 , párr. 174.

> *procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia".*[33]

La Corte IDH, ha indicado que "considera que el carácter 'colectivo' de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad"[34]. En el caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana indica las garantías mínimas que debe tener el proceso de expulsión, estableciendo la relación entre el debido proceso y las expulsiones colectivas (párr. 175). Estas garantías mínimas permiten la debida consideración individual de la expulsión, que va más allá de la mera enunciación de la norma interna aplicable, ya que implican evaluar las circunstancias personales de cada sujeto sin discriminación y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas.

A su vez, también ha dicho que:

> "*para cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas, un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero, debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, lo cual requiere, como mínimo, identificar a la persona y aclarar las circunstancias particulares de su situación migratoria. Asimismo, dicho procedimiento no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las señaladas garantías mínimas*"[35].

Respecto de las garantías mínimas, se tratan de que el procedimiento de expulsión sea individual y no discriminatorio. Específicamente tiene que contemplar:

> a) Notificación expresa donde consten los motivos de la expulsión. Además, debe incluir información sobre sus derechos, tales como: i) la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y ii) la posibilidad de solicitar

[33] Corte IDH, Caso Vélez Loor versus Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 146.
[34] Corte IDH Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párr. 171.
[35] Corte IDH, Caso personas haitianas y dominicas vs. República Dominicana, párr. 381.

> y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación;
> b) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin;
> c) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley.
> d) En el caso de que estén involucrados niños, niñas y adolescentes en el proceso es necesaria la protección del interés superior de las niñas y niños, entendiendo que dicho interés se relaciona directamente con su derecho a la protección de la familia, específicamente la unidad familiar. Para ello se deben sospesar, entre otros factores, el impacto que puede tener la separación familiar en la vida del niño, niña o adolescente;
> e) La privación de la libertad en el contexto de una expulsión es una medida de última ratio.[36]

Podemos entonces deducir de lo dicho que el Estado desde un inicio debe considerar los estándares mínimos del deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación que es independiente del estatus migratorio de una persona[37]. A su vez, de la jurisprudencia de la Corte IDH que efectivamente los procedimientos de expulsión como antecedente procedimental de la sanción aplicada requiere el cumplimiento de estas garantías mínimas. También ha quedado de manifiesta que la infracción a la prohibición de expulsiones colectivas tiene su fundamento cuando el Estado no cumple con estos estándares mínimos. Es decir, los actos, resoluciones y sentencias tienen que estar acorde con el derecho internacional aplicable, no puedo invocar el ordenamiento interno como justificante para incumplir su obligación[38].

Finalmente sistematizaremos estos estándares respecto a los procedimientos de expulsión y procedimientos de determinación de la calidad de refugiado en los siguientes:

[36] Caso Familia Pacheco Tineo vs, Estado plurinacional de Bolivia , párr.. 133. Corte IDH, Caso personas haitianas y dominicas vs. República Dominicana , párrs. 356 a 358.
[37] Aguilar y Sandoval (2021), p. 24.
[38] Martínez (2021), p. 55.

a) deben existir condiciones mínimas de detención durante el procedimiento de expulsión, y la privación de libertad solo procederá cuando sea estrictamente necesaria para el cumplimiento de la expulsión, debiendo siempre estar basada en razones objetivas, que carezcan de arbitrariedad;

b) derecho a ser notificado de la decisión de expulsión o denegación de la calidad de refugiado;

c) derecho de recurrir y a tener acceso a recursos eficaces para recurrir de la decisión de expulsión o de denegación de la calidad de refugiado;

d) derecho a ser oído por una autoridad competente;

e) Facultad de ser representado ante dicha autoridad administrativa competente;

f) derecho a contar con la asistencia de un intérprete;

g) derecho a asistencia consular

De lo dicho, entonces, podría afirmarse que en virtud del control de convencionalidad, estos estándares emanados de la jurisprudencia de la Corte IDH, específicamente en cuanto a la interpretación Convención Americana, serían plenamente aplicables y vinculantes para el Estado chileno, implicando ajustar su actuar a éstos.

3 Práctica estatal chilena en la política de expulsión

En este apartado haremos el contraste entre el punto anterior y la práctica del Estado chileno en el ejercicio del Plan de Expulsiones (Plan Colchane) como parte de la política migratoria implementada por el Gobierno durante este 2021.

El gobierno fundamentó este plan como una forma de desincentivar la migración irregular, específicamente el ingreso al país por paso no habilitado. Este plan busca ejecutar y así materializar la salida obligada del país de 2.000 extranjeros, en su gran mayoría, venezolanos. Es más, del total de vuelos pensados para este año, 13 tienen como destino Caracas y los otros dos aterrizarán en Colombia. La mayoría

de estos casos se deben a que han ingresado a Chile por pasos no habilitados en la frontera norte del país, fundamento de la expulsión[39].

El 10 de febrero, el 25 de abril, el 6 de junio y el 3 de noviembre de 2021 se efectuaron en Chile cuatro expulsiones de un importante número de personas extranjeras, en el marco de un Plan de Expulsiones dispuesto y comunicado por las autoridades del Poder Ejecutivo.

Dentro de las personas expulsadas, se encuentran aquellas que ingresaron por paso no habilitado, es decir, se trata de expulsiones administrativas. En cuanto a datos podemos mencionar que hasta julio de este año de las 220 personas expulsados 132 corresponden a esta hipótesis. Respecto de la expulsión del 3 de noviembre de los 120 expulsados, solo 4 correspondía a razones administrativas. Las nacionalidades de aquellos expulsados son venezolanos, colombianos, peruanos y bolivianos[40].

¿Qué derechos humanos se ven vulnerados?

Se dicta y se les notifica una orden de expulsión, sin que exista una investigación previa ni una condena por el ingreso clandestino. En la decisión no se analizan ni se consideran las situaciones particulares de cada migrante, la existencia de una familia, niños y niñas u otros vínculos en el país. Tampoco se considera la posibilidad de que muchos de ellos puedan ser solicitantes de refugio o el riesgo que corren al regresar a Venezuela. Las órdenes de expulsiones son idénticas y se limitan a enumerar las normas jurídicas aplicables y al actuar de la policía y de la Intendencia. Todas se notifican de manera simultánea o en un muy breve tiempo, en algunos casos mientras las personas se encuentran en residencias sanitarias (cumpliendo las medidas de aislamiento dispuestas por la autoridad de salud). Luego son trasladados al aeropuerto y expulsados en un vuelo contratado solo para este

[39] https://radio.uchile.cl/2021/02/09/gobierno-y-plan-colchane-quienes-ingresen-por-paso-no-habilitado-no-seran-regularizados/.

[40] https://www.latercera.com/nacional/noticia/expertos-de-la-onu-piden-al-gobierno-de-chile-detener-de-inmediato-expulsiones-colectivas-de-migrantes/AKXUBUHJN5AN5J6TSNLJZW7EEY/ . https://sjmchile.org/2021/07/10/7-preguntas-y-respuestas-claves-sobre-las-expulsiones-colectivas-en-chile/

fin. Además, de van asociadas con un discurso que criminaliza la migración irregular, que incita al odio y la discriminación de los migrantes[41].

A lo largo de este año organismos internacionales han manifestado su preocupación y han hecho el llamado a detener las expulsiones colectivas. En este sentido podemos mencionar el comunicado de expertos de la ONU, que subrayan que

> "*cientos de personas migrantes han sido expulsadas del país desde febrero de 2021, sin que, de acuerdo a la información recibida, se efectuara previamente una determinación individual genuina de la situación de cada persona ni se permitiera presentar solicitudes para su protección en virtud del derecho internacional de los derechos humanos y de los refugiados. La última de estas expulsiones tuvo lugar el pasado 25 de abril, fecha en la que 55 personas migrantes procedentes de Venezuela habrían sido expulsadas de manera colectiva desde el aeropuerto de la ciudad de Iquique, en el norte del país. Previa su expulsión, muchas de las personas migrantes habrían permanecido detenidas, en situación de incomunicación y sin acceso a la asistencia legal*"[42].

Destacan los expertos que esta práctica vulnera las garantías mínimas de los procesos de expulsión, específicamente el acceso a la justicia, el principio de no devolución y el carácter excepcional que tiene la detención de migrantes para ejecutar la expulsión.

Es pertinente mencionar las Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que, también señala en sus recomendaciones, medidas a tomar es pos del cumplimiento de la prohibición de las expulsiones colectivas:

> "[…] *d) El alto número de expulsiones, en el marco de procedimientos en los que, si bien contaron con decisiones individuales, las órdenes de expulsión presentaban el mismo texto en todas las resoluciones, en donde las únicas*

[41]https://enestrado.com/expulsion-de-migrantes-en-chile-tres-niveles-de-ilegalidades/
[42] ONU, 19 de mayo "Chile debe detener inmediatamente las expulsiones arbitrarias y colectivas de migrantes – expertos de la ONU". Disponible en: https://www.ohchr=S

> *diferencias eran el cambio de los nombres de las personas objeto de expulsión, la fecha y el lugar de ingreso. Este tipo de procedimientos y órdenes de expulsión evidencia que no se llevó a cabo un análisis individualizado ni que se permitió a la persona migrante defenderse en el marco de dicho procedimiento conllevando por tanto a que se configurasen expulsiones colectivas.*
>
> *Un proceso que pueda resultar en la expulsión de una persona migrante debe ser individual, de modo de evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio debe contar con las siguientes garantías mínimas: i) ser informada expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra, y la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; ii) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y iii) ser formal y fehacientemente notificada de la eventual decisión de expulsión, que debe estar debidamente motivada conforme a la ley*"[43];

¿La práctica estatal se condice con la jurisprudencia nacional de acciones protectoras de derechos fundamentales?

La Corte Suprema, conociendo de acciones de amparo para revocar órdenes de expulsión, ha aplicado algunos criterios que han llevado a acoger la acción deducida y que podemos sistematizar en: a) Unidad y protección de la familia. Consideración de los vínculos de familia; b) El interés superior del niño requiere ser considerado al momento de decidir la expulsión de un padre o madre; c) Proporcionalidad en la aplicación de la medida de expulsión respecto a la infracción cometida; d) Falta de fundamentación en la aplicación de la medida de expulsión:

[43] Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, (CMW/C/CHL/2) en sus sesiones 445a, 446a y 447a (CMW/C/SR.445, SR.446 y SR.447), celebradas del 7 al 9 de abril de 2021. En su 452a sesión, celebrada el 16 de abril de 2021, aprobó las presentes observaciones finales, párr. 47.

Existencia de una suspensión condicional, sobreseimiento definitivo y desistimiento de la Intendencia en la prosecución del delito fundante de la orden de expulsión[44].

Haciendo el contraste por tanto entre los estándares interamericanos y la política estatal migratoria chilena, se aprecia que no está en conformidad a dichos estándares. Vulnerándose derechos humanos, miramos con preocupación que el Poder Ejecutivo continúe con la ejecución de expulsiones colectivas no ajustando su actuar al derecho internacional de los derechos humanos, como la ha entendido nuestro máximo tribunal.

Conclusiones

Luego de lo expuesto, podemos concluir que el establecimiento de la política migratoria, si bien constituye una manifestación de la soberanía estatal debe tener plena observancia de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros y de los derechos humanos de los migrantes.

Lo anterior considerando la interrelación que existe entre la prohibición de expulsión colectivas, el principio de no devolución, la no discriminación, que tienen el carácter de jus cogens, por ello son de obligatorios para el Estado y plenamente aplicables en virtud del bloque constitucional de derechos sustentado en el artículo 5º ,inciso 2º, de nuestra Carta Fundamental. A su vez, los derechos fundamentales del debido proceso, tutela judicial efectiva e igualdad y no discriminación han permitido la configuración de garantías intrínsecas a procesos de expulsión o deportación de extranjeros, en especial aquellas derivadas de esto derechos.

El Estado chileno debe considerar dos grandes criterios en torno a la aplicación de expulsiones, que serían los siguientes:

---

[44] Díaz (2020), pp. pp. 341- 344. También Corte Suprema, Revista De Colecciones Jurídicas "Migrantes"
Edición Julio de 2019, pp. 145-206. Corte Suprema, causa Rol Nº 66.301-21, sentencia de 24 de septiembre de 2021; Corte Suprema Rol Nº Rol No 69.493-2021, sentencia de 20 de septiembre 2021;Corte Suprema, Rol N° 36.795-2021, sentencia de 7 de junio de 2021; Corte Suprema Rol N° 16.901-2021, sentencia de 2 de marzo 2021; Corte Suprema, Rol Nº N° 14.494-2021, sentencia de 1 de marzo de 2021. Estas son una pequeña referencia donde el máximo tribunal ha utilizado el Arraigo nacional; la Infracción al debido proceso en el procedimiento de expulsión; Proporcionalidad de la medida de expulsión; la Igualdad y no discriminación e incluso instrumentos de Soft Law (Declaración de Cartagena 1984; CIDH Resolución 2/18 migración forzada de venezolanos; DUDH) para revocar órdenes de expulsión.

a) Las expulsiones son de carácter individual, las que deben ser debidamente fundamentadas, existiendo instancias dentro del procedimiento para ser oído, defenderse e impugnar la medida de expulsión por parte del migrante. La fundamentación de la expulsión se tiene que justificar basado en hechos específicos relativos a la persona, y en cumplimiento de fundamentos razonables y autorizados por la ley.

b) En lo que respecta a la privación de libertad para concretar la expulsión, esta tiene el carácter de última ratio, solo será procedente cuando sea necesaria, razonable en cuanto a las circunstancias, y proporcional con el fin legítimo perseguido. Es una medida de carácter cautelar y temporal, que debe ser revisada de forma periódica en cuanto a la mantención de las circunstancias que llevaron a que fuera decretada.

Finalmente, no queda más que decir que el Estado chileno viola derechos humanos de los migrantes al practicar expulsiones colectivas como forma de política estatal y debe detener esta práctica en pos del irrestricto respeto de los derechos humanos y dignidad de la persona.

Bibliografía citada

Aguilar, Gonzalo y Sandoval, María Ignacia (2021): "La situación de extranjeros objeto de medidas de expulsión y sometidos al régimen de "internación". ¿es constitucional y acorde a los derechos humanos?" Documento de Trabajo Nº2, Defensoría penal de migrantes y Extranjeros. [Disponible en: https://biblio.dpp.cl/datafiles/16617.pdf]. [Consultado: el 3/11/2021].

Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2020): "Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno", en Estudios Constitucionales (Vol. 18, No 1), pp. 311-354.

Martínez Lazcano, Jaime (2021): "Parámetros de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la movilidad humana", en *Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México* (Vol. 15, Nº 47), pp. 37-62.

Nogueira, Alcalá, Humberto (2015): "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", en Estudios Constitucionales (Año 13, N° 2), pp. 301-350.

Olea Rodríguez, Helena (2015-2016): "Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)", en Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad (N° 9), pp. 249-272.

Sandoval Gallardo, María Ignacia (2021): "Sentido y alcance del contenido esencial del derecho a migrar en Chile", Estudios Constitucionales (Vol. 19, Nº 2), en prensa.

Normas jurídicas citadas

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 18 de diciembre de 1990 , publicada Diario Oficial 8 de junio de 2005.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.
Decreto Ley Nº 1094, de 19 de junio de 1975.

Ley Nº 21.325, de 21 de abril de 2021.

Oficio circular No 96, de fecha 9 de abril del 2018 del Subsecretario de Relaciones Exteriores que instruye el otorgamiento a nacionales de la República Bolivariana de Venezuela de un Visado de Responsabilidad Democrática.

Documentos citados

CIDH, Informe sobre la situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América. OAS/Ser.L/V/II.155, Doc. 16. 24 julio 2015.

CIDH, Resolución 4/2019 "principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas" aprobada el 7 de diciembre 2019.

CIDH, Resolución 2/18 migración forzada de venezolanos, aprobada en Bogotá, Colombia, en el marco de su 167 período de sesiones, a los dos días del mes de marzo de 2018.

CIDH, compendio Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada, y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria : aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 5 de agosto de 2020 , párr. 174. [Disponible en:

https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DebidoProceso-ES.pdf]. [Consultado el 3/11/2021].
Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2, Migrantes (2015).

Corte Suprema, Dirección de Estudios Revista De Colecciones Jurídicas "Migrantes", Edición Julio de 2019, pp. 221.

Diario UChile (2021): "Gobierno y Plan Colchane: quienes ingresen por paso no habilitado no serán regularizados" de febrero de 2021. [Disponible en: https://radio.uchile.cl/2021/02/09/gobierno-y-plan-colchane-quienes-ingresen-por-paso-no-habilitado-no-seran-regularizados/]. [Consultado el 11/10/2021].

Emol (2021): "Delgado y salida 138 inmigrantes del país: "Es primera vez que se hace una expulsión administrativa tan masiva" 10 de febrero 2021. [Disponible en: https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/02/10/1011796/delgado-expulsion-inmigrantes-ilegales-vuelo.html]. [Consultado el 28/10/2021].

En Estrado (2021): "Expulsión de migrantes en Chile: tres niveles de ilegalidades y desprotección. Por Francisca Vargas y Macarena Rodríguez" 4 de mayo 2021. Disponible en: https://enestrado.com/expulsion-de-migrantes-en-chile-tres-niveles-de-ilegalidades-y-desproteccion-por-francisca-vargas-y-macarena-rodriguez/]. [Consultado el 2/11/2021].

La Tercera (2021): "Crisis migratoria: Gobierno anuncia "Plan Colchane" y campaña en el extranjero con advertencia de expulsión para quienes ingresen por pasos no habilitados", 9 de febrero de 2021. [Disponible en: https://www.latercera.com/politica/noticia/crisis-migratoria-gobierno-anuncia-plan-colchane-y-campana-en-el-extranjero-con-advertencia-de-expulsion-para-quienes-ingresen-por-pasos-no-habilitados/3DWYVLAFRVA4FDU4PWNGLEFQ6Q/]. [consultado el 3/11/2021].

La Tercera (2021): "Expertos de la ONU piden al gobierno de Chile detener "de inmediato" expulsiones colectivas de migrantes" 20 de mayo 2021. [Disponible en: https://www.latercera.com/nacional/noticia/expertos-de-la-onu-piden-al-gobierno-de-chile-detener-de-inmediato-expulsiones-colectivas-de-migrantes/AKXUBUHJN5AN5J6TSNLJZW7EEY/] . [consultado el 3/11/2021].

OIM, glosario de términos, 2019. [Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf]. [Consultado: 3/11/2021].

ONU (2014): Asamblea General, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66º período de sesiones (2014): Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, con comentarios (A/69/10), 2014, A/69/10. [Disponible en https://www.refworld.org.es/docid/5915f0e84.html]. [Consultado el 11/10/2021].

ONU, Observación General Nº 2, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 28 de agosto de 2013.
ONU, 19 de mayo "Chile debe detener inmediatamente las expulsiones arbitrarias y colectivas de migrantes – expertos de la ONU". [Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27103&LangID=S]. [Consultado el 3/11/2021].

SJM Chile (2021): "7 preguntas y respuestas claves sobre las expulsiones colectivas en Chile", 10 de julio de 2021. [Disponible en: https://sjmchile.org/2021/07/10/7-preguntas-y-respuestas-claves-sobre-las-expulsiones-colectivas-en-chile/]. [Consultado el 3/11/2021].

Jurisprudencia citada

Corte IDH: Caso Vélez Loor versus Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C 218.

Corte IDH: Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH: Caso Familia Pacheco Tineo vs, Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C 272.

Corte IDH: Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte Suprema de Chile: causa Rol Nº 66.301-21, sentencia de 24 de septiembre de 2021.

Corte Suprema de Chile: causa Rol Nº Rol No 69.493-2021, sentencia de 20 de septiembre 2021.

Corte Suprema de Chile: causa Rol N° 36.795-2021, sentencia de 7 de junio de 2021.

Corte Suprema de Chile: causa Rol N° 16.901-2021, sentencia de 2 de marzo 2021.

Corte Suprema de Chile: causa Rol Nº N° 14.494-2021, sentencia de 1 de marzo de 2021.

Opinión Consultiva OC 18 /03 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos respecto de la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Corte Interamericana de Derecho Humanos, de 17 de septiembre de 2003.

Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay respecto de los derechos y garantía de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de agosto de 2014.

Opinión Consultiva OC 21/14 solicitada por la República de Ecuador, respecto de la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), de 30 de mayo de 2018.

18. UNIFORMIDADE, SIMPLIFICAÇÃO E JUSTIÇA FISCAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

UNIFORMITY, SIMPLIFICATION AND FISCAL JUSTICE IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

https://doi.org/10.36592/9786581110642-18

Natercia Sampaio Siqueira[1]

Marcelo Sampaio Siqueira[2]

Resumo

A grave crise econômica na qual se encontra imerso o Brasil motivou o investimento na simplificação e uniformidade tributária: as propostas de emenda à Constituição se motivam por esses propósitos. Deve-se, entretanto, questionar, a compatibilidade da simplificação e uniformidade ao modelo de tributação imanente ao Estado democrático de direito. Neste intuito, o artigo, após abordar a função do tributo em um Estado Democrático de Direito e o conteúdo material elementar a esse modelo de Estado, que se realizaria na equanimidade, explora as consequências da simplificação e uniformidade sobre a função redistributiva do tributo. Ao se concluir, mediante pesquisa bibliográfica, que a redistribuição é normal e típica função da tributação em um Estado democrático de direito, se conclui que o processo de simplificação e uniformidade lhe deve ser compatível, sob pena de não se realizar a equanimidade inerente à uma sociedade democrática.

Palavras-chave: Redistribuição de riqueza. Estado democrático de direito. Simplificação e uniformidade tributárias.

Wealth redistribution and Brazilian tax policy: effects and consequences of the pandemic Covid

Abstract

The serious economic crisis in which Brazil is immersed has motivated investment in tax simplification and uniformity: proposals to amend the Constitution are motivated by these purposes. However, the compatibility of simplification and uniformity to the tax model immanent to the democratic rule of law should be questioned. In this way, the article, after addressing the function of the tax in a Democratic State of Law and the material content elementary to this state model,

[1] Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Doutorado em Direito Constitucional pela Unifor. Pós-doutorado em Direito Econômico pela faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora da Pós- graduação – Mestrado e Doutorado – em direito Constitucional da Unifor. Membro do Grupo de Pesquisa Repjal. Procuradora Fiscal do Município de Fortaleza.

[22] Mestre em Direito Público pela UFC. Doutor em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professor da Pós-graduação

which would be carried out in equanimity, explores the consequences of simplification and uniformity on the redistributive function of the tax. In concluding, through bibliographical research, that redistribution is normal and typical function of taxation in a democratic state of law, it is concluded that the process of simplification and uniformity must be compatible with it, unless the equanimity inherent to a democratic society is not achieved.
Keywords: Redistribution of wealth. Democratic rule of law. Tax simplification and uniformity.

Introdução

No presente momento se volta a discutir, com empenhada ênfase, a política tributária brasileira, com destaque ao discurso que demanda a sua simplificação mediante a uniformidade. Referido discurso, por sua vez, ganhou credibilidade durante a grave crise política e econômica que tem enfrentado o Brasil: a desregulamentação, a simplificação burocrática e legislativa e a retração do Estado seriam necessárias para a retomada do crescimento econômico.

Sob esses propósitos se insistem em propostas de reformas tributárias que acentuariam a simplificação do regime, mediante a uniformidade da regulamentação. Mas diante destas propostas de simplificação e uniformidade, que prometem alterar significativamente a política tributária, é importante o questionamento acerca da justiça fiscal inerente a um Estado Democrático de Direito: há um núcleo axiológico mínimo que deva orientar a tributação e que deva ser observado por propostas de reforma ao atual sistema tributário?

Para enfrentar esse questionamento, de início se apresentam, em breve síntese, as propostas de reforma tributária, no contexto da complexidade que a função do tributo alcança no Estado Democrático de Direito. Posteriormente, se trabalha o conteúdo material elementar ao Estado Democrático de Direito, explorando o seu impacto ou consequência sobre o modelo de tributação a nele ser praticado.

Chega-se, então, à constatação de que a redistribuição de recursos é inerente à dinâmica tributária: sob esse condicionamento, de que à tributação não se pode prejudicar a função de redistribuição de riqueza, se deve modelar o regime tributário brasileiro. A partir desse condicionamento axiológico, o presente artigo, que se

respalda em pesquisa eminentemente bibliográfica, propõe que se analise criticamente a simplificação e uniformização tributárias, cujos propósitos de segurança jurídica e redução dos conflitos e dos custos administrativos não são suficientes para afastar a redistribuição de riqueza como normal dinâmica da tributação.

1.0 Simplificação tributária e multifunções do tributo

O discurso libertário que ressurgiu com força significativa no cenário nacional e internacional, com foco na recuperação econômica através da retração do Estado e da significativa desregulamentação e simplificação legal e burocrática, impactou as propostas de reformas, em especial a tributária. Tanto a PEC 45 como a PEC 110, que tratam da reforma tributária, investem na extinção de vários tributos em prol da criação do IBS – Imposto sobre bens e serviços: na PEC 45, se extinguiriam o IPI, o PIS, a COFINS, o ISS e o ICMS e se criaria um amplo IBS, com fato gerador uniforme em todo o território nacional e com a alíquota final resultante da soma de três sub alíquotas, cada qual fixada por cada ente federado, que seria o titular da quantia resultante da aplicação da porcentagem por si fixada sobre a base de cálculo uniforme. Já a PEC 110 propõe a substituição de nove tributos – IPI, IOF, COFINS, PIS, PASEP, CIDE Combustível, Salário educação, ISS e ICMS - por um IBS – Imposto sobre bens e Serviços – cuja alíquota seria fixada por lei Complementar Federal.

Nas duas propostas, há a previsão do IBS residual: na PEC 45, ele teria finalidade extrafiscal de desestímulo a determinados consumos e hábitos. Já a PEC 110 delimita os produtos e serviços sobre os quais poderia incidir o IBS residual, lhe atribuindo função arrecadatória. As duas PECs mostram-se, igualmente, cautelosas acerca da extrafiscalidade: a PEC 45 veda a concessão de benefícios, ao passo que a PEC 110 a permite, não obstante disponha que ela deva se limitar aos produtos e serviços nela especificados, que são relacionados ao mínimo vital e ao desenvolvimento da indústria nacional.

A Reforma de Emenda à Constituição enviada pelo Governo federal investe, igualmente, na simplicidade e uniformidade. Em relação à tributação sobre o consumo, propõe a unificação do PIS e da Cofins em uma única contribuição

uniforme. Já em relação ao Imposto de Renda, atendeu às demandas de isonomia e da justiça social referente à tributação dos dividendos: mas o fez sem sensibilidade às relevantes realidades distintas, posto que não aplica à tributação do dividendo uma progressividade efetiva.

De outro lado, a proposta de se reduzir a tributação sobre a pessoa jurídica, para compensar a criação do IR sobre os dividendos, contribui para a confusão patrimonial entre a pessoa física e a jurídica, ao passo que vulnera a tributação sobre a renda a planejamentos tributários que invistam na manipulação do estabelecimento ou domicílio do contribuinte, destinatário do dividendo. Tudo isto é especialmente grave ao se considerar que em uma realidade virtual, na qual se tem amesquinhado o uso da territorialidade, que é o tradicional critério de delimitação da competência tributária, a empresa se apresenta como um complexo econômico repleto de signos presuntivos de riqueza que disponibiliza ao Estado significativo substrato econômico à tributação. Mas a simplificação e justiça, pretensamente resultantes dessas reformas, ao desconsiderar a empresa em prol do destinatário do dividendo, reduzem as possibilidades tributárias, em razão da confusão patrimonial e da manipulação do local do estabelecimento/domicílio do titular do dividendo.

Não obstante, se pretende dar à reforma ares de justiça fiscal, ao se isentar do imposto de renda sobre dividendos as micro e pequenas empresas, com rendimento mensal de até R$ 20.000,00 – pretensamente, profissionais liberais no exercício de atividades intelectuais –, ao se elevar a faixa de isenção no imposto de renda – ainda que inferior à inflação do período que antecede à atualização – e ao reduzir ou extinguir benefícios fiscais em operações financeiras. Ocorre que essas reformas induzem a uma tributação chapada, que se mostra insensível aos propósitos de formação da poupança pessoal. Ademais, as previsões de incremento da arrecadação, que oneraria os mais ricos, não são garantidas: a simplificação e a uniformidade, a tendência à confusão patrimonial e à manipulação da territorialidade, mais acessíveis aos mais ricos e aptos ao planejamento tributário, acentuam o risco da regressividade.

Mas não é só: das propostas de simplificação e uniformidade se tem a acentuação do caráter arrecadatório e a redução da política tributária: a um primeiro momento, tal quadro poderia soar atraente, posto que blindaria a tributação à

captura. Não obstante, ele gera uma perda de adaptabilidade ao real que prejudica, em cheio, a principiologia tributária, que se caracteriza pela realidade da capacidade contributiva. A capacidade contributiva, não se pode perder de perspectiva, não se confunde com a riqueza e nem possui uma grandeza absoluta, como poderia se imaginar face à sua pecuniariedade. Antes, a capacidade contributiva demanda exame ou análise contingencial da grandeza econômica, do seu significado para o contribuinte, o que varia tanto em razão de características regionais e locais, como, ainda, de qualidades individuais.

Imagine-se que uma determinada região apresenta caráter monopolista e de elevada concentração e verticalização: nesse caso, a aptidão empreendedora do pequeno, do médio e mesmo de alguns grandes empreendedores se encontra em especial prejudicada, o que demanda uma adaptação da tributação às suas características pessoais para que se lhe possa recuperar a concorrência. Vai-se além: caso determinada localidade encontre-se especialmente carente quanto à disponibilidade de determinados produtos e serviços, é possível que se esteja diante de situação na qual seja necessária que se lhe adapte o regime jurídico tributário de forma a possibilitar o abastecimento do mercado consumidor. Ou seja, a adaptabilidade do direito tributário não se faz mediante parâmetros absolutos, estáveis, como se poderia imaginar em função da sua natureza econômica: o dado econômico não se encerra em si. Antes, encontra-se contextualizado à realidade pessoal, local, regional, federal e, por vezes, internacional, em uma rica rede de interações que demanda a interpretação do dado econômico e a sofisticação do seu tratamento em matéria tributária.

Daí a relevância da política tributária, em especial no contexto federalista cuja diversidade entre as regiões e as localidades são especialmente significativas e impactantes. Fechar-se, por conseguinte, em um modelo tanto quanto possível fixo, estável, uniforme, de caráter arrecadatório, que seja vedado às singularidades relevantes, não apenas implica reduzir, significativamente, o âmbito do exercício da política tributária como, igualmente, a possibilidade de adaptar a tributação à realidade econômica que é, atavicamente, contingenciada. A própria crise sanitária da covid se mostra simbólica quanto à necessária abertura do sistema tributário à realidade: benefícios fiscais, moratórias e parcelamentos foram medidas tomadas

por ambos os entes federados para aliviar o peso tributário sobre a iniciativa privada, com o propósito de se lhe possibilitar a permanência.

Não obstante referidas considerações, as propostas de reforma tributária, avançando no firme propósito de simplificação, uniformização e desregulação, como medidas adequadas à retomada do desenvolvimento socioeconômico, continuam a tramitar. E sobre as mesmas não se mobiliza a sociedade para um amplo debate, posto que se toma a tributação como matéria de técnica contábil e financeira, que se encerra na burocracia estatal e que não apresentaria impactos significativos na dinâmica societária. Nada mais equivocado.

Isto, porque a tributação é um instrumento com forte impacto na dinâmica socioeconômica: a) primeiro, porque a tributação é o principal instrumento disponível ao Estado para o custeio de suas atividades. Não por menos, a Constituição federal (art. 37, XXII) reconhece a atividade fazendária como fundamental ao funcionamento do Estado; b) segundo, porque o tributo não apenas é a principal fonte de custeio do Estado, como também é o instrumento pelo qual, preferencialmente, se realiza a redistribuição de riqueza; c) ademais, mediante o tributo não apenas se custeia a atuação pública e se realiza a distribuição de riqueza, como se intervêm na economia e se obtém comportamentos sociais desejáveis, como, por exemplo, a abstenção de consumos nocivos à saúde, tais quais o tabaco e o álcool; d) de outra sorte, a tributação pode vir a ser explorada como mecanismo não apenas de redistribuição de riqueza mas, também, de redistribuição de *status* social. Ou seja, são complexas as funções atribuídas à tributação, que foram crescendo à medida que o modelo do Estado Liberal burguês cedia espaço à teorização e experimentação do Estado Social:

> Assim, e desde logo, o Estado centra o essencial das suas preocupações em torno da distribuição e redistribuição do produto social, para o que se empenha, decisivamente na direção e controlo do processo produtivo, convertendo-se no chamado 'Estado econômico'. Tal não significa apenas que ele se envolve directamente na produção (como 'Estado empresário), mas, sobretudo, que encara a esfera econômica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objetivos políticos por ele definidos. O Estado não só

> toma decisões destinadas a influenciar o processo produtivo, como integra essas medidas numa planificação econômica global definida em função de uma prévia selecção e hierarquização de prioridade de desenvolvimento, sendo possível detectar uma evolução através da qual, a partir de uma primeira fase de intervencionismo localizado, se passa para uma acção estadual sistemática sobre o processo econômico – o dirigismo – e, por fim, a planificação[3].

A partir da introdução da cláusula do Estado Social às Constituições, a intervenção na economia adquiriu ares de normalidade e o tributo passou a ser vivenciado como importante instrumento de atuação do Estado: para além de ser concebido como um instrumento asséptico e neutro de arrecadação, se o passou a tomar como importante método de redistribuição de recursos sociais e de regulação socioeconômica. O tributo se abre à política: antes de se limitar a uma matéria técnica, sem impacto para além dos órgãos burocráticos do governo, preocupados que estejam com o equilíbrio fiscal, revela-se como material rico à política e estratégico à estruturação e funcionalidade do Estado na sua modalidade de "Democrático de Direito".

Não obstante, à referida situação não se sensibiliza grande parte da sociedade, razão pela qual se está a passar desapercebido o relevante impacto que as reformas possuem à estrutura socioeconômica brasileira: se está, justamente, mediante a pretensão de se reduzir as potencialidades funcionais do tributo, limitando-o, novamente, à um instrumento de arrecadação suficiente para se realizar o equilíbrio fiscal. Mas ao se assim reduzir as funções do tributo, ao assim se limitar as possibilidades da política tributária, se está a vedar o uso de relevante instrumento ao Estado para se estruturar e funcionar de acordo com os objetivos e a axiologia estratégica ao Estado Democrático de Direito.

---

[33] NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

2.0 O núcleo material do Estado Democrático de Direito: equaniminidade

O conteúdo do Estado Democrático de Direito não é vazio. Ele é preenchido por um estrito comprometimento com a igual relevância de todos como pessoas.

É provável que ninguém tenha realizado de forma tão pertinente o *link* entre igualdade e democracia como o fez John Rawls, ao elaborar a sua teoria da *Justice as fairness*. Para Johns Rawls, a axiologia própria de uma democracia é significativamente comprometida com a equanimidade: a ausência de hierarquia entre as pessoas. Ou seja, uma democracia é caracterizada pela cooperação social equitativa entre pessoas livres e iguais. Deste conceito, decorrem duas condições elementares à estruturação social que se pretenda democrática: a primeira consiste na necessária desvinculação da estrutura básica da sociedade à alguma teoria compreensiva do bem. Essa vinculação ocorreria, por exemplo, se a conceituação de institutos relacionados à individualidade e à dignidade da pessoa, como a família, se desse a partir de uma doutrina religiosa específica[4]. Tal situação implicaria impor ao todo da sociedade o que é bom e valoroso apenas para alguns, com o comprometimento da liberdade e, mais fundamentalmente, da equanimidade - a ausência de hierarquia – que inspira uma democracia.

Destarte, a estruturação de institutos sociais basilares a partir de uma determinada concepção do que é bom e valoroso, que não seja a adotada por todos, significa dar prioridade a determinadas pessoas e ao que elas acham importante, com o comprometimento da equanimidade. Daí a relevância deste primeiro condicionamento: a desvinculação apriorística dos institutos sociais basilares, tais quais a economia, a política, o direito e a família, a um conceito específico do bem. Da equanimidade, entretanto, decorre um segundo condicionamento à estruturação social de uma democracia: se devem possibilitar chances equitativas de desenvolvimento, ou da possibilidade de sucesso, às diferentes concepções do bem ou aos modelos da vida boa possíveis em uma democracia. Isto não significa, segundo Rawls, que se deva assegurar igual sucesso às diferentes concepções do bem, mas que se deve garantir que elas tenham justas oportunidades de se

[4] RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Martins Fontes, 2000, p. 169.

desenvolverem e alcançarem sucesso[5].

Por conseguinte, as decisões de mercado e de Estado, que impactam significativamente os gostos e interesses sociais, favorecendo ou desfavorecendo o desenvolvimento das diferentes concepções do bem, devem ser tomadas em um ambiente equitativo de oportunidades. Para tanto, deve-se realizar a primeira parte do segundo princípio de justiça de Rawls, isto é, assegurar, a todos, justas oportunidades de acesso aos cargos e funções sociais abertos a todos. E para alcançar referida meta, duas medidas são imprescindíveis: um sistema inclusivo educacional, que possibilite a todos as habilidades necessárias para disputar, em condições de efetiva competividade, o acesso aos cargos e funções sociais de maiores poderes e prerrogativas e a desconcentração do grande acúmulo de riqueza. Assim manifestava-se Rawls já por ocasião do seu "A Teoria da Justiça" de 1971:

> The liberal interpretation of the two principles seeks, then, to mitigate the influence of social contingences and natural fortune on distributive shares. To accomplish this end it is necessary to impose further basic structural conditions on the social system. Free market arrangements must be set within a framework of political and legal institutions which regulates the overall trends of economic events and preserves the social conditions necessary for fair equality of opportunity. The elements of this framework are familiar enough, though it may be worthwile to recall the importance of preventing excessive accumulations of property and wealth and of maintaining equal opportunities of education for all. Chances to acquire cultural knowledge and skills should not depend upon one's class position, and so the school system, whether public or private, should be designed to even out class barriers[6].

É a proposta de Rawls que as instituições estatais sejam estruturadas de forma a se superar as deficiências resultantes das desigualdades de talentos e do meio do qual se é oriundo, garantindo justas oportunidade de acesso aos cargos e funções sociais. Neste contexto, a justa oportunidade mostra-se incompatível com

[5] RAWLS, John. The priority of right and ideas of the good. *In*: FREEMAM, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers.** Cambridge: Havard University Press, 2001, p. 461.
[6] RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge: Havard University press, 1971, p. 73.

o grande acúmulo de capital, ao passo que a educação sobressai como instrumento necessário à garantia, a todos – independentemente da classe social e da estrutura familiar a que pertençam – de conhecimentos e habilidades que se mostrem imprescindíveis à disputa, em condições de justa oportunidade, pelo acesso aos postos e funções sociais de maiores poderes e prerrogativas. O que pretende Rawls é a constituição de uma sociedade verdadeiramente igualitária, que não se satisfaz com a garantia do mínimo existencial a todos os membros da sociedade, ao passo que o acúmulo de riqueza e recursos facilite à classe dominante a ocupação dos cargos e posições sociais com a maior concentração de poderes e prerrogativas e, por conseguinte, com maior impacto sobre os gostos e interesses sociais.

Antes, todos devem ter acesso a recursos suficientes – conhecimento, riqueza, autorrespeito, acessibilidade etc. – que lhes possibilitem justa oportunidade para competir pelo ingresso nos cargos e posições sociais de maiores poderes e prerrogativas: numa sociedade efetiva e eficazmente democrática, aos cidadãos, qualquer que seja a sua condição social e origem familiar, se devem assegurar justas possibilidades de participação e respeito.

Trocando em miúdos, apenas quando se assegura a justa oportunidade de acesso aos cargos e funções sociais de maiores poderes e prerrogativas é que se garante a justa oportunidade de impactar os gostos e preferências sociais, ou seja, a justa oportunidade para fazer valer o modelo de vida que se tenha – concepção do bem. Da equanimidade resulta esse *link* entre o primeiro e o segundo princípio de justiça: a igualdade de liberdades básicas realiza o igual respeito e consideração – a equanimidade – à medida que se tenha justa oportunidade para se fazer valer o modelo de vida ao qual se adira. Seria pouco útil assegurar uma axiologia estruturante da sociedade que fosse neutra, no sentido de passível de objeto de um consenso entrecruzado, ao passo em que as instituições sociais funcionassem de forma viciada, mediante a reserva arbitrária de recursos econômicos e de habilidades especiais à determinado seguimento que, por isso, teria melhores oportunidade de ascender aos cargos e às funções de maiores poderes e prerrogativas, o que lhes facilitaria impor as suas concepções do bem ao todo da sociedade.

Por essas considerações, que fornecem conteúdo material à igualdade própria de uma democracia, se chega não apenas à erradicação da pobreza, como à

distribuição da riqueza como objetivos prioritários e estruturantes de uma democracia: assim o fez a Constituição federal em seu art. 3º, III.

3.0 Tributo e Distribuição de riqueza

Em conformidade com as considerações realizadas nos tópicos anteriores, se pode concluir que a estrutura socioeconômica de uma sociedade democrática deve propiciar a justa oportunidade para o preenchimento das funções e posições sociais de maiores poderes e prerrogativas, de forma a garantir justa oportunidade de desenvolvimento das concepções do bem que se tenham. As instituições sociais e econômicas devem ser estruturadas, por decorrência, de maneira a realizar de forma eficiente uma significativa política redistributiva dos recursos sociais, a ser realizada por atuações do Estado em quatro setores, cada qual composto por várias agências e atuando em diversas áreas[7].

Em primeiro lugar, pode-se falar da atuação pública no que Rawls denomina do setor de alocação, com a função de manter a economia competitiva, com o principal propósito de impedir o exercício abusivo do poder econômico no mercado. Nesta tarefa, o governo deve identificar e corrigir, mediante o uso de taxas e subsídios, a perda de eficiência do mercado provocada pela falha dos preços na medição dos custos e dos benefícios sociais[8]. Ao lado deste setor, o Estado também deve atuar na estabilidade da economia, de forma a manter o pleno emprego, o uso adequado dos recursos sociais e a livre escolha de ocupação, ao tempo em que estimule a criação de uma forte base de demanda apta a acompanhar os investimentos vertidos nas atividades econômicas[9].

Saindo da estrutura econômica para adentrar na estrutura social, o governo deveria atuar de forma a possibilitar o mínimo social aos menos favorecidos; é o seu terceiro setor de atuação, denominado por Rawls de o "mínimo social". Já no quarto

---

[7] Rawls, John. Distributive Justice. *In*: FREEMAM, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers.** Cambridge: Havard University Press, 2001a, p. 141.
[8] Rawls, John. Distributive Justice. *In*: FREEMAM, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers.** Cambridge: Havard University Press, 2001a, p. 130-153).
[9] RAWLS, John. Distributive Justice. *In*: FREEMAM, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers.** Cambridge: Havard University Press, 2001a, p. 141).

setor, o Estado trabalharia, particularmente, com a redistribuição de riqueza, que se realizaria mediante tributos, com a função de evitar o acúmulo de capital – o que prejudicaria as liberdades e a igualdade de oportunidade – e de realizar a arrecadação para o custeio dos gastos do Estado[10].

O interessante é observar que a tributação, para Rawls, adquire função extrafiscal em dois momentos: quando utilizada para recuperar as perdas decorrentes das falhas dos preços na medição dos custos e dos benefícios sociais e quando empregada para obstar o acúmulo de capital, situação na qual assumiria o caráter progressivo. Com exceção das funções extrafiscais, a tributação, para Rawls, deveria interferir o mínimo possível. Ele defende uma tributação proporcional, concentrada no que fora consumido pelo contribuinte em determinado período de tempo – desta forma, o indivíduo estaria contribuindo com os gastos estatais à medida que se utilizasse do estoque comum dos bens[11]. No entanto, referidas questões seriam entregues às decisões políticas, não consistindo, propriamente, em matéria de Teoria da Justiça:

> [...] Proportional expenditure (or income) taxes are to provide revenue for public goods, the transfer branch and the stablishment of fair equality of opportunity in education, and the like, so as to carry out the second principle. No mention has been made at any point of the traditional criteria of taxation such as that taxes are to be levied according to benefits received or the ability to pay. The reference to common sense precepts in connection with expenditure taxes is a subordinate consideration. The scope of these criteria is regulated by the principles of justice [...][12]

Quanto ao assunto, entende-se que a capacidade contributiva não é matéria política indiferente aos princípios de justiça. Eis a razão pela qual se discorda, em especial, com Ralws, quando se mostra indiferente ao critério da capacidade contributiva na estruturação de um modelo adequado de tributação e quando

[10] RAWLS, John. Distributive Justice. *In*: FREEMAM, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers.** Cambridge: Havard University Press, 2001a, p.141).
[11] RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge, Havard University Press, p. 1971, p. 278.
[12] RAWLS, John. **A theory of Justice**. Cambridge, Havard University Press, p. 1971, p. 279.

disponibiliza esse modelo à política democrática: por óbvio que em intensidade significativa a matéria tributária reage à política, o que, inclusive, se vem afirmando acima. Não obstante, a matéria tributária apresenta um molde estrutural e funcional, a partir do qual se a deve modelar, que é indisponível ao processo político democrático posto que integrante do conteúdo material de uma democracia. Ademais, esse molde estrutural está intrinsecamente vinculado à capacidade contributiva: a capacidade contributiva, para além de funcionar como condição negativa da tributação - impossibilidade da incidência tributária em caso de inexistência de riqueza apta ao custeio do Estado -, de critério de quantificação do tributo e de comparação dos contribuintes, também apresenta caráter positivo.

Neste sentido, já se pronunciou o Min Joaquim Barbosa na relatoria do RE 226899/SP, constante do informativo 729/STF:

> Aludiu que a capacidade contributiva conciliaria dois interesses relevantes: do ponto de vista do Estado, asseguraria a solidariedade no custeio dos serviços públicos, de modo que nenhuma atividade que gerasse riqueza pudesse se furtar à manutenção da máquina administrativa (desiderato fiscal); do ponto de vista do contribuinte, garantiria a ele o estímulo necessário ao trabalho e à iniciativa econômica, ao preservar a utilidade e a fruição de sua atividade e ao prevenir o efeito de desestímulo característico das porções mais elevadas da curva de Laffer. Constatou que a jurisprudência do STF tenderia a utilizar o princípio da capacidade contributiva para justificar a tributação, e não para desonerar contribuintes.

Ao se conceber a riqueza como dever fundamental de pagar imposto, se atribui à capacidade contributiva caráter positivo, que estaria a realizar a função social da propriedade e da livre iniciativa. De outra sorte, à medida que se cumpra a feição positiva da capacidade contributiva, ela se apresenta como critério completo para a realização da redistribuição de riqueza por ocasião da tributação: ao tempo em que a riqueza quando se revele seja chamada ao custeio do Estado, se estará a transferi-la na integridade de quem a possui aos cofres públicos, que a irá redistribuir tanto mediante subsídios como através da prestação de serviços públicos.

Ainda nesta esteira de consideração, cabe considerar que à redistribuição de riqueza não basta que se custeie de forma eficiente a atuação pública inclusiva, e nem que se utilize a extrafiscalidade para realiza-la: a própria política de custeio dever ser redistributiva, tanto por razões de isonomia na distribuição do custo do Estado, como porque a redistribuição a se realizar, tão somente, pelo acesso ao serviço público e pela extrafiscalidade, mostra-se insuficiente para realizar uma política eficiente de redistribuição de riqueza.

À medida que não se realize a distribuição do custo do Estado mediante o critério da capacidade contributiva, se a utilizando nas suas diversas funções – negativa, quantificadora, comparativa e positiva -, a atividade de financiamento estatal terminará por onerar em especial determinadas pessoas e a desonerar, por conseguinte, sobremaneira outras. Desta feita, se criam regimes de apartheid fiscais que irão ampliar a dependência de alguns ao Estado: já que a oneração insuficiente de alguns leva à oneração demasiada dos outros, de maneira a se manter a margem satisfatória da arrecadação, a tendência, resultante dessa situação, é a manutenção dos últimos na área de dependência do Estado, seja como usuário de seus serviços públicos ou/e beneficiários de subsídios e benefícios.

De outra sorte, a oneração insuficiente de algumas pessoas colabora com a acumulação de riqueza e, por consequência, com a reserva especial de recursos que lhes possibilitará maior facilidade de acesso aos cargos e funções sociais abertos a todos. Referida situação, para além de ferir a isonomia na distribuição do custo do Estado, ao possibilitar a concentração de recursos gera condições arbitrárias e viciadas, a determinadas pessoas, para acessarem os cargos e funções sociais de maiores poderes e prerrogativas. Como consequência, se mantem e mesmo se aprofunda a assimetria de poder e *status* social, posto que essas pessoas terão maiores e melhores recursos para impactar os gostos e decisões sociais, o que termina por desequilibrar a equanimidade própria da democracia.

Ainda importa uma outra consideração: o escopo de desconcentração a se limitar na extrafiscalidade mostra-se insuficiente para alcançá-la, em especial em um país cuja concentração de riqueza é tão elevada como no Brasil. A progressividade no imposto de renda não é suficiente para realizar a redistribuição satisfatória de riqueza, até porque a riqueza não se revela apenas na renda, mas em

outras espécies de riqueza, como o consumo e o patrimônio. No âmbito de cada uma dessas espécies de riqueza, consumo e patrimônio, também se verifica uma grande assimetria e concentração que demonstra que a redistribuição deve ser uma meta geral e fiscal à tributação, ao invés de encerrá-la na extrafiscalidade.

2.0 Uma tributação Themis(?): de olhos vendados

Do que se falou acima, não se quer desconsiderar que o investimento em uma tributação uniforme, que reduza os conflitos e a complexidade com a finalidade de se assegurar uma melhor compreensão pela iniciativa privada e pela fazenda Pública do regime tributário, seja importante para tanto ao fisco como ao contribuinte. Não obstante, ela apresenta um contraponto extremamente grave, que não pode ser olvidado; a perda da justiça.

Acerca da metodologia tributária brasileira, importa destacar que ela de há tempos é criticada no seu histórico de investir na oneração sobre o consumo, que atenderia melhor aos reclames do princípio da praticidade tributária, mas que se mostraria como importante empecilho para se alcançar a justiça fiscal.

Em relatório elaborado pela OCDE[13], sobre a política tributária de países da América Latina e do Brasil, consta que as receitas derivadas, consistentes nos tributos, o que é uma boa notícia aos propósitos da justiça distributiva, no período de 1990 a 2010, avançaram em relação ao PIB: a tributação brasileira, por exemplo, atingia 28,2% do PIB em 1990, ao passo que a média dos países da América Latina era de 13,9% e dos países da OCDE era de 33,0%. Já em 2010, a tributação brasileira correspondeu a 32,4% do PIB, enquanto a média dos países da américa latina subiu para 19,4% e dos países da OCDE para 33,8%.

Embora inferior à média da tributação da OCDE, a carga tributária brasileira, em 2010, ainda era superior a de 17 países que eram seus integrantes. Já no tocante à metodologia da tributação no Brasil, esclarece o relatório: em 2010, 14,2 % do PIB fora tributado por tributos sobre bens e serviços, ao passo que apenas 6,9% o foi por tributos sobre rendimentos e lucros, 8,4% por contribuições e previdência e 1,9% por

[13] Disponível na página https://www.oecd.org/ctp/tax-global/BRAZIL_PT_country%20note_final.pdf

imposto de propriedade, o que, há essa época, já implicava diferença significativa entre a política tributária brasileira e a praticada pelos países da OCDE.

Já em relatório sobre à política tributária brasileira de 2018[14], a Receita Federal estimou que a Carga Tributária bruta brasileira atingiu 33,26% do PIB. Prosseguindo na análise dos dados constantes do relatório, importa relatar que 7,19% do PIB fora tributado por tributos sobre a renda, ao passo que 9,11% do PIB o fora por tributos sobre as folhas de salário, 14,88% por tributos sobre os bens e serviços e 1,54% por tributos sobre a propriedade.

Do mesmo relatório, consta a comparação da média da carga tributária dos países da OCDE, no período de 2017, com a brasileira neste mesmo exercício: a primeira era de 34,2% do PIB, ao passo que a segunda alcançou 32,3% do PIB. Não obstante, a análise do montante da carga tributária tendo por parâmetro o PIB não é definitiva para se aquilatar o grau de justiça fiscal. Para tanto, resta examinar os dados acerca da metodologia da tributação: neste mesmo período, consta do relatório da Receita federal acima mencionado, que enquanto a média da carga tributária dos países da OCDE sobre a renda, o lucro e o ganho de capital correspondia a 11,4% do PIB, a brasileira alcançou 7,0% do PIB. Também em relação à folha de salários, a carga tributária brasileira ficou abaixo da média dos países da OCDE: nestes, a tributação sobre a folha de salários (incluindo a previdência) correspondeu a 9,9% do PIB, ao passo que no Brasil ela alcançou, em 2017, 9,0 % do PIB.

Já em relação ao consumo, consta do relatório que, nesse mesmo período de 2017, a média da carga tributária dos países da OCDE sobre bens e serviços alcançava 11,1% do PIB, ao passo que a carga tributária brasileira atingiu 14,3 % do PIB. Já por esses dados, se atribui à tributação brasileira um caráter tendenciosamente regressivo, uma vez que o consumo não permite que se meça a capacidade contributiva na pessoa do contribuinte e que se realize a pessoalidade nos termos do art. 145, Parágrafo 1º da Constituição Federal.

Destarte, nas relações de consumo, a aptidão da pessoa para contribuir com os gastos públicos é mediatizada no negócio jurídico por si praticado e que é,

[14] Relatório intitulado "Carga tributária no Brasil 2017; análise por tributos e bases de incidência", disponível na página http://receita.economia.gov.br2017.pdf

propriamente, o objeto do tributo: circulação de mercadorias ou prestação de serviços. O ICMS e o ISS não alcançam a "pessoa" que está adquirindo a mercadoria ou tomando o serviço, mas o negócio jurídico de produção e circulação de bens e de serviços. Ou seja, a aptidão econômica da pessoa é medida no negócio jurídico que, entretanto, fornece dicas preciosas quanto à pessoalidade: o consumo de produtos e serviços necessários não apenas materializa o mínimo vital, como guarda a presunção de que o consumidor possui baixa capacidade contributiva. Mas à medida que os produtos e serviços deixem de ser necessários e úteis para se tornarem supérfluos, tanto se vão retirando da zona do mínimo vital, como se vai presumindo o aumento da capacidade contributiva da pessoa do contribuinte. Por isso que a seletividade deve ser observada na tributação sobre o consumo, uma vez que ela aperfeiçoa a medição da capacidade contributiva.

Desta feita, o caráter regressivo poderia ser acentuadamente reduzido se a tributação sobre o consumo observasse, rigorosamente, a seletividade: alíquotas baixas para produtos e serviços necessários, que se elevam à medida que se tornam úteis e supérfluos. De outra sorte, a seletividade possibilita uma maior adequação da tributação ao contexto econômico no qual ela é realizada: o caráter de escassez e de abundância dos produtos e serviços em determinadas localidades e regiões demanda uma política tributária que lhe seja sensível, em especial quando se trate do mínimo vital: produtos e serviços relacionados à habitação, à alimentação, à saúde e ao trabalho.

Não obstante, uma tributação significativamente uniforme, que não leve, estruturalmente, em consideração se o produto e serviço são necessários, úteis e supérfluos e que se mantém indiferente às contingências locais que impactam o mínimo existencial e às condições elementares para o desenvolvimento socioeconômico, agrava o caráter regressivo da tributação. A segurança jurídica, a redução da conflituosidade e a redução dos custos são relevantes à empresa e, por conseguinte, à sociedade e ao Estado, já que a empresa é a unidade produtiva geradora de riqueza que emprega e gera os recursos que irão financiar a máquina pública. Mas essas metas devem ser compatibilizadas com as metas da justiça fiscal, intrinsecamente vinculadas à cláusula do Estado Democrático de Direito.

Até porque, autores relevantes aos dias de hoje, como Thomas Piketty[15], fazendo coro a Eric Hobsbawn[16], traça a correlação entre concentração de riqueza e as crises econômicas do capitalismo: a concentração de riqueza que levaria a superprodução, resultaria na constituição de um mercado consumidor frágil e insuficiente, o que, de início, seria camuflado por empréstimos irresponsáveis. Quando, entretanto, a inadimplência desses empréstimos, mantenedores de um consumo artificial, tornasse sistêmica, deflagrar-se-iam uma série de efeitos depressivos da economia: fechamento de empresas, perdas de postos de trabalho, redução do crédito e da liquidez.

No Brasil, Celso Furtado[17] adverte que a desigualdade da economia brasileira da norte americana não se deve, estruturalmente, à diferente nacionalidade dos colonizadores, mas ao fato de que a economia brasileira se desenvolveu, no Brasil Colônia, a partir de monopólios pouco diversificados na sua produção, o que levou a uma forte concentração de riqueza. A ausência de uma massa de consumo resultante dessa concentração, por sua vez, falhou na promoção da diversidade da atividade econômica nacional, condenando o Brasil a um ciclo vicioso de subdesenvolvimento:

> Ao contrário do que ocorria nas colônias de grandes plantações, em que parte substancial dos gastos de consumo estava concentrada em uma reduzida classe de proprietários e se satisfazia com importações, nas colônias do norte dos EUA os gastos de consumo se distribuíam pelo conjunto da população, sendo relativamente grande o mercado dos objetos do uso comum[18].

A tese central é a de que a concentração de riqueza estrutural e significativa, ao minguar o mercado de consumo, prejudica a sustentabilidade de uma economia em desenvolvimento, posto que, ciclicamente, se terá uma grave crise econômica,

[15] PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI; Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.
[16] HOBSBAWM, Eric J. **A era dos extremos**; o breve século XX:1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
[17] FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. São Paulo, Companhia das letras, 2007.
[18] FURTADO, op. Cit, p. 61.

com efeitos depressivos, tendente a adequar a produção às reais possibilidades de consumo, e que agrava, ainda mais, a concentração de renda preexistente.

Desta forma, para além de razões de justiça e de democracia, a redistribuição de riqueza, ao reduzir a concentração e ao fomentar o mercado de consumo, que termina, por sua vez, a motivar a diversificação da economia interna, revela-se como instrumento de eficiência econômica. Justiça e eficiência devem fazer parte de uma mesma equação econômica, embora, é verdade, não seja tarefa fácil o seu equilíbrio.

Conclusão: redistribuição como normal meta à tributação

Os graves problemas socioeconômicos que a sociedade brasileira enfrenta em decorrência da crise econômica mundial de 2008 e que foram agravados pela crise política interna – antes, ainda, da crise sanitária – foi o contexto ideal para o ressurgimento e o fomento de discursos libertários, que pregam reformas de simplificação regulatória e burocrática e da retração do Estado como meios de retomada do desenvolvimento econômico.

Em matéria tributária, se tem investido em um modelo de simplificação e uniformidade, cujos importantes propósitos, como a segurança jurídica, a redução da conflituosidade e a minoração dos custos administrativos, seja da Fazenda pública ou do particular, não dispensa que se o examine em cotejo com os objetivos da República Federativa do Brasil, que refletem a igualdade que é imanente ao núcleo material que caracteriza um "Estado Democrático de Direito".

Referido núcleo material é comprometido com a equanimidade, ou seja, com a igual relevância de todos perante o Estado, do que decorre a necessária erradicação da pobreza e a redução das desigualdades socioeconômicas, que são imprescindíveis para se garantir a justa oportunidade de desenvolvimento a todos. O comprometimento com esses objetivos impacta, por sua vez, o molde a partir do qual se deve estruturar a tributação: ela deve distribuir o custo do Estado mediante dinâmica redistributiva de recursos, de maneira a manter uma simetria de bens sociais que seja compatível com a equanimidade.

Por consequência, a redistribuição de recursos deve ser meta normal à tributação, ao invés de se fechar na extrafiscalidade. A partir desse parâmetro, o

necessário caráter redistributivo da política tributária, se deve avaliar o modelo tributário brasileiro, cuja razoabilidade e sistematicidade pretendidas não podem se dar às custas da redistribuição, no que for preciso para que se possibilite uma justa distribuição de recursos sociais dentro dos propósitos da democracia.

Referências

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo, Companhia das letras, 2007.

HOBSBAWM, Eric J. **A era dos extremos**; o breve século XX:1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

PIKETTY, Thomas. O capital no século XXI; Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro, Intrínseca, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. Distributive Justice. *In*: FREEMAM, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers.** Cambridge: Havard University Press, 2001, p. 130-153).

_____. The priority of right and ideas of the good. *In*: FREEMAM, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers.** Cambridge: Havard University Press, 2001, p. 449-472.

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

19. ENTRE O SERVIÇO DA DÍVIDA E A MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONFLITO ORÇAMENTÁRIO REGULADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

https://doi.org/10.36592/9786581110642-19

Otávio Campos Fisher[1]

Marina Michel de Macedo Martynychen[2]

1 Introdução: o orçamento público como espaço do conflito entre a realização dos direitos fundamentais o endividamento público

Richard A. Musgrave esclarece que, em um estado imaginário, no qual prevalece padrões eficientes de planejamento, são três as funções do orçamento público: "(i) assegurar ajustamentos na alocação de recursos, (2) conseguir ajustamentos na distribuição de renda e da riqueza; (3) garantir estabilização econômica"[2].

A primeira função – alocação de recursos[3] – tem como objetivo delimitar quais as políticas de receitas e de despesas públicas que devem ser responsáveis por atingir os objetivos delimitados pelo Estado. Os objetivos, de forma geral, estão relacionados às denominadas "*necessidades sociais*", as quais devem ser

[1] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013) É Graduado em Direito pela
Universidade Federal do Paraná (1993). Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999) Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). [2] É Doutora em Direito Financeiro (USP) e Mestra em Direito do Estado (UFPR), na pós-graduação fez especialização em direto administrativo (IDRFB) e graduação no curso de bacharelado em direito (UFPR). Profissionalmente atua como advogada e professora. Na docência é orientadora no programa de pós-graduação em Direitos Fundamentais & Democracia - mestrado e doutorado em direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) onde leciona no curso de graduação em direito, na especialização em direito e outros cursos da Escola de Ciências Sociais Aplicadas e Humanidades da pós-graduação UniBrasil.

[2] MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das Finanças Públicas. Um Estudo de Economia Governamental.** 1º Volume. (trad Auriphebo Berrance Simões) SP: Editora Atlas S.A., 1973, p.25.

[3] A alocação ótima de recursos é razoavelmente satisfeita no plano do mercado. Na maioria dos setores, não há preocupação do Estado em intervir. O Estado só é chamado a atuar quando o mercado não consegue atuar. Idem, p. 27. [5] Idem, p. 29.

compreendidas, em poucas palavras, como aquelas que "devem ser satisfeitas através de serviços que precisam ser consumidos por todos em quantidades iguais. As pessoas que não pagam pelos serviços não podem ser excluídas dos benefícios que deles resultam; e já que não podem ser excluídas, jamais se disporão a pagar voluntariamente"[5].

Em outras palavras: as necessidades sociais (...) não podem estar sujeitas aos pagamentos de preços"[4], eis que a "satisfação auferida por um consumidor é independente de sua própria contribuição"[5]. As necessidades sociais devem ser disponibilizadas, na mesma quantidade, para todos os indivíduos.

Mencionado autor, além das necessidades sociais, trata, também, das necessidades meritórias, as quais devem resultar na interferência, pelo Estado, na preferência dos cidadãos. As necessidades meritórias são: "aquelas atendidas por serviços sujeitos ao princípio da exclusão e são atendidas pelo mercado, dentro dos limites da procura efetiva. Tornam-se necessidades públicas se consideradas meritórias que sua satisfação seja suprida através do orçamento público, além daquilo que é provido pelo mercado"[8]. As necessidades meritórias podem decorrer da valoração e a imposição de um grupo aos demais membros da sociedade. O ensino gratuito, por exemplo, seria um exemplo.

A segunda função, por sua vez, é a distribuição de riquezas entre os indivíduos de uma sociedade, o qual deverá ser guiado pelo processo político e não econômico. O pressuposto para distribuição de riquezas é a igualdade, a qual poderá ser materializada por meio da política de bem-estar econômico, pela igualdade de oportunidades ou mesmo pela renda. Os caminhos utilizados pelo Estado são dois: o sistema de tributação e o de transferências. Ambos demonstraram-se, ao longo dos anos, os mais corretos, eis que geram o menor dano para o funcionamento eficiente da economia[6].

---

[4] Idem, p. 31
[5] Idem, p. 30 [8] Idem, p. 34.
[6] Idem. p. 40-43. [10]Idem, p. 46.

Por fim, a função estabilizadora deve ser responsável por assegurar a estabilidade dos preços e pleno emprego. Concentra-se na utilização de recursos e de um valor estável da moeda. A função estabilizadora volta-se para "desenvolver medidas compensatórias, que possam manter um alto nível de emprego, quando a atividade econômica privada ameaçar diminuir de ritmo e que também possam manter um nível estável de preços quando a procura ameaçar exceder a oferta existente"[10].

A obra de Ricahrd Musgrave data de 1959. A influência recebida por autores como Arthur Cecil Pigou ou mesmo John Maynard Keynes é evidente. Não se trata aqui de uma revisão da teoria a respeito do Estado de Bem Estar Social ou mesmo da Teoria Keynesiana (nem seria adequado porque muito dos temas já foram, inclusive, superados pela escola pós-keynesiana). Contudo, apesar dos anos, a classificação acima ainda é de extrema importância. Além da distinção acima ter sido recepcionada pela doutrina contemporânea do Direito Financeiro Nacional, a menção do clássico vale, no presente artigo, em razão de uma importante passagem contida no seu prefácio.

Neste sentido, destacam-se as seguintes palavras:

> "Ao contrário de alguns puristas econômicos de hoje, admito mais do que apenas motivação científica; a conduta inteligente e civilizada do governo e o delineamento de suas responsabilidades estão no coração da democracia. De fato, a conduta governamental é o campo de provas da ética social e da vida civilizada. A conduta inteligente por parte do governo requer uma compreensão das relações econômicas envolvidas; e o economista, ao colaborar para esta compreensão, espera estar contribuindo para uma sociedade melhor. Aí está a razão pelas quais as finanças públicas me atraíram tanto. Esta aí também a razão de meu interesse ter sido motivado pela busca da "boa sociedade"[7].

Ética Social e uma sociedade melhor devem ser o foco da atuação estatal. Fernando Facury Scaff, professor Titular da disciplina de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo, utilizando-se dos ensinamentos de Richard Musgrave,

[7] Idem, p. 16.

esclarece que uma das "das principais funções da Lei Orçamentária é a concretização e a demonstração da justiça distributiva em cada país. E através dela que se identifica quem efetivamente contribui e quem efetivamente recebe as prestações estatais"[8]. Neste contexto, ao analisar as funções econômicas do orçamento (indicadas acima), Fernando Facury Scaff esclarece que "o ponto central do orçamento republicano (...) é identificar de quem se arrecada, com quem se gasta e quem decide sobre essa matéria no governo. De tal análise surgirá um modelo financeiro, decorrente do conjunto político da sociedade, observando englobadamente a arrecadação e o gasto público[13]". Para facilitar a interpretação a respeito da matéria, Fernando Facury Scaff conclui que:

> "1) Sob a ótica da arrecadação:
> a) Se o ônus da arrecadação for mais concentrado em quem possuimenos riquezas, estaremos tendencialmente defronte de um *modelo oligárquico*;
> b) Por outro lado, se o ônus da arrecadação for mais intenso daparcela da população que tiver mais riquezas, estaremos tendencialmente em um *modelo republicado*.
> 2) Sob a ótica do *gasto*:
> a) Se o gasto público for prioritariamente dirigido a quem possui mais riquezas, estaremos em um *modelo oligárquico*.
> b) Se for prioritariamente dirigido a quem possui menos riquezas,visando reduzir a desigualdade socioeconômica e erradicar a pobreza, estaremos defronte a um modelo republicano".

Ponto essencial para o presente artigo é compreender como o Estado Brasileiro gasta. E por que o enfoque? A dívida pública brasileira disparou nos últimos anos. Apenas alguns dados.

Antes da crise financeira global de 2008, a Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG) estava na casa de 56% (cinquenta e seis por cento) do Produto Interno Bruto (PIB), segundo medida do Banco Central do Brasil (BCB). Em 2018, antes da recessão

[8] Sobre a Obra de Musgrave, Fernando Facury Scaff traz comentários ao longo das fls. 271 e 272 do seu livro: SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e liberdade igual. Ensaio sobre o Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. BH: Fórum, 2018, p. 271-272. [13]Idem, p. 268.

ocasionada pela COVID-19, a Dívida Bruta do Governo Geral (DGBB) chegou a 77% do Produto Interno Bruto. Observe o Gráfico da IFI – Instituto Fiscal Independente[9]. Observe:

Tabela 1: Composição da DBGG e da DLSP em % do PIB (+/- = dívida/crédito) – julho/2018

(DLSP) Dívida Líquida do Setor Público (A= B+E+H+I+J+K)	**52,0%**
(DBGG) Dívida Bruta do Governo Geral (B=C+D)	**77,0%**
Dívida interna (C)	73,1%
Dívida mobiliária em mercado	52,9%
Operações compromissadas do Bacen	17,5%
Outros [1]	2,7%
Dívida externa (D)	3,9%
Créditos do Governo Geral (E=F+G)	-30,3%
Créditos internos (F)	-30,3%
Disponibilidades do Governo Geral [2]	-17,2%
Créditos concedidos a instituições financeiras oficiais	-6,0%
Aplicações em fundos e programas	-2,9%
Créditos junto às estatais	-0,1%
Demais créditos do Governo Federal [3]	-0,2%
Recursos do FAT na rede bancária	-3,9%
Créditos externos (G)	0,0%
Títulos livres na carteira do Bacen (H)	8,5%
Equalização Cambial (I)	-1,1%
Dívida líquida do Bacen (J)	-3,0%
Dívida líquida das empresas estatais (K)	0,9%

1 – Outros = dívida bancária do Governo Federal; dívida assumida pela União Lei nº 8.727; dívida mobiliária dos governos estaduais; dívida bancária dos governos estaduais; outras dívidas estaduais; dívida mobiliária dos governos municipais e dívida bancária dos governos municipais. | 2 – Composto por: aplicações da previdência social; arrecadação a recolher; depósitos à vista; disponibilidades do governo federal no Bacen e aplicações na rede bancária (estadual). | 3 – Composto por: instrumentos híbridos de capital e dívida e créditos junto ao BNDES.

Fonte: Bacen. Elaboração – IFI/Senado.

A Dívida Bruta do Governo Geral (DBGG) é o indicador central na análise da solvência do setor público. Trata-se do critério calculado a partir do que se denomina Governo Geral, ou seja, Estados, Municípios, União, excluído o setor público financeiro. Referido critério também consolida a dívida mobiliária (títulos públicos), a dívida externa, a dívida bancária interna e externa de todos os entes federados[10].

[9] Instituto Fiscal Independente. **Estudo Especial n. 7. Dívida Bruta: Evoluções e Projeções.** In: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/547744/EE_07_Divida_Bruta.pdf

[10] MEDEIROS, Otávio; SILVA, Aline Dieguez B. De Menezes. **Capítulo 4. Conceitos e Estatística da Dívida Pública.** MEDIEROS, Otávio Laderia de; CARVALHO, Lena Oliveira de; SILVA, Anderson. Dívida Pública e a experiência Brasileira. Secretaria do Tesouro Nacional, 2009, p. 107-109.

Já, por meio da DLSP – Dívida Líquida do Setor Público – dá-se publicidade ao total de obrigações do Setor Público não financeiro, deduzidos os seus ativos financeiros junto aos agentes privados não financeiros e agentes financeiros (públicos ou não). O conceito, no Brasil, considera os ativos e passivos do Banco Central, incluindo reservas internacionais e a base monetária[11]. Neste conceito, há a indicação da DPMFi – Dívida Pública Mobiliária Federal Interna.

Pelo gráfico acima, nota-se que a Dívida Pública Mobiliária Federal Interna - dívida do governo federal sob a forma de títulos públicos, cujos fluxos de recebimentos e pagamentos são realizados em reais[12] - corresponde a 52,9% do total da dívida do Estado Brasileiro.

Em 2018, outro documento que deve ser mencionado a respeito da dívida pública é o acórdão 1084/2018, responsável por analisar a dívida pública federal. Segundo a decisão do órgão de controle, ponto que mais chama atenção é o crescimento da Dívida Consolidada da União: "*que passou de 170% da receita corrente líquida (RCL) em 2013 para 418,75% ao final do 3º quadrimestre de 2017*[13][14]", segundo a apuração do Tribunal de Contas da União.

Ao analisar as razões do endividamento, o TCU concluiu que não há limite ao Endividamento federal. Houve, inclusive, ao final do julgamento a seguinte recomendação ao Senado Federal:

> **"(...)** informar ao Presidente do Senado Federal que a não edição da
> Lei prevista no art. 48, inciso XIV, e da Resolução de que trata o art. 52, inciso VI, ambos da Constituição da República, para o estabelecimento de limites para os montantes das dívidas mobiliária federal e consolidada da União, assim como da lei que prevê a instituição do conselho de gestão fiscal, constitui fator crítico para a limitação do endividamento público e para a harmonização e a coordenação entre os entes da Federação, comprometendo, notadamente, a efetividade do controle realizado pelo Tribunal de Contas da União com base no art. 59, § 1º,

[11] Idem, p.101/103.
[12] Idem, p. 105.
[13] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1084/2018. Processo 033.619/2016-6. Julgamento
[14] .05.2018. Ministro Aroldo Cedraz.

> inciso IV, da Lei Complementar 101/2000, e o exercício do controle social sobre o endividamento público e demais limites fiscais";

Sobre a ausência de limites ao endividamento público, Élida Graziane Pinto, José Roberto Afondo e Lais Khaled Porto esclarecem que:

> "Ora, a omissão legislativa em comento implica, inegavelmente, a insuficiência do parâmetro de controle para a dívida pública federal.
> Daí porque retomamos a perspectiva de que a inconstitucionalidade por omissão, na forma do art. 103, §2º, da Constituição, e do artigo 12-H, da Lei n. 9.868/99 (acrescentado pela Lei n. 12.063/2009), visa enfrentar e sanear as hipóteses em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.
> (...)
> A mora legislativa que aqui impugnamos como inconstitucional perpetua o status quo da Constituição de 1967 e, portanto, atribui ao federalismo o mesmo tratamento da ditadura militar: entes federados iguais com restrição fiscal desigual. O Congresso Nacional controla só os governos regionais e municipais, enquanto confere discricionariedade quase absoluta ao executivo federal. A consequência de tal impasse é um déficit democrático incomensurável, aliado à própria incoerência da União, que precisa exigir restrição de Estados e Municípios a qual não se submete[15]".

Para os Autores a omissão é inconstitucional, o que deve ser provocado, inclusive, perante o Supremo Tribunal Federal. Os mesmos autores destacam, ainda, a existência de ampla discricionariedade para o gerenciamento da dívida pública no Brasil, o que é um ponto negativo. Não há limites e nem controles para a União Federal, o que veio, ao longo dos anos, comprometer a Receita Pública. Ao comprometer a Receita Pública, há uma redução drástica da prestação de serviços públicos e, em especial, de duas funções econômicas do orçamento: a alocativa e a distributiva.

---

[15] AFONSO, José Roberto; PINTO, Élida Graziane; PORTO, Laís Khaled. **Limites à dívida consolidada e mobiliária da União: um estudo acerca da inconstitucionalidade por omissão na falta de fixação do seu regime jurídico.** In: CONTI, José Maurício. Dívida Pública, SP: Blucher, 2018, p. 601.

Com o crescimento da dívida pública, há um constante repasse de valores para o serviço da dívida e não para o financiamento da sociedade, o que demonstra uma espécie de captura orçamentária. As razões destes deslocamentos devem ser estudadas e supridas de forma a retomar a perspectiva de melhoria da sociedade.

2 O Novo Regime Fiscal (Teto de Gastos): limites sem a previsão do teto de endividamento da União Federal

No Brasil, a perspectiva jurídica do fenômeno financeiro - atividade financeira do Estado - está contida no denominado "Sistema Constitucional Financeiro". Referido "Sistema Constitucional Financeiro" será responsável por garantir, segundo Heleno Torres, (i) unidade; (ii) completude e (iii) coerência da atividade financeira do Estado. Tal fato é possível porque a Constituição Federal de 1988 reúne "*todos os princípios, valores, competências e garantias definidores do conteúdo do direito financeiro*"[16]. Fala-se, portanto, na figura da Constituição Financeira.

A Constituição Financeira, nas palavras de Heleno Torres, "consiste na parcela material de normas jurídicas integrantes do texto constitucional, composta por princípios fundamentais, competências e os valores que regem a atividade financeira do Estado na Unidade entre a obtenção de receitas do orçamento, realização de despesas, gestão do patrimônio estatal e controles internos e externos, bem como da intervenção do Estado na relação com as Constituições econômicos ou social"[17]. Em outras palavras: é a partir do texto Constitucional que o regime fiscal a ser seguido pelos entes da Federação é instituído.

E foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o denominado Regime Fiscal Ordinário foi introduzido no ordenamento jurídico nacional e vem sendo construído ao longo dos anos, como uma grande obra arquitetônica.

É possível afirmar que o Regime Fiscal Ordinário, no que diz respeito à gestão orçamentária do planejamento e da execução da despesa pública é composto,

[16] TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira.** SP: RT, 2014, p.40.
[17] TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira.** SP: RT, 2014, p. 40.

basicamente, de quatro pilares[18]: (i) o primeiro é a regra de ouro, materializada no artigo 167, inciso III da

Constituição Federal[19]; (ii) o segundo é a introdução, por meio da Emenda Constitucional de n. 95, do artigo 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, que inseriu o denominado "Teto de Gastos"; (iii) o terceiro diz respeito à exigência da estimativa do impacto das proposições orçamentárias (artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e, por fim, (iv) das regras específicas a respeito da gestão com o pessoal, materializadas no artigo 169 do referido texto.

Do ponto de vista infraconstitucional as regras do Regime Fiscal Ordinário materializam-se por meio de Leis Complementares, eis que são os instrumentos normativos por excelência do Federalismo. Tal mecanismo legislativo tem como finalidade garantir a estabilidade e a redução de divergências entre as unidades descentralizadas[20]. No nosso ordenamento, destacam-se duas normas gerais: a Lei de nº 4.320/1964 (Lei da Contabilidade Pública Nacional) e a Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

O Regime Fiscal Ordinário, relacionado à gestão do planejamento e da execução orçamentária no tocante à despesa pública, utiliza-se da Lei de Responsabilidade Fiscal para fortalecer os seus pilares. Ao verticalizar os temas indicados na Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal introduz regras de (i) gestão de pessoal (artigos 18-

23); (ii) aumento de despesas (artigos 15-17) e de despesas de duração continuada (artigo 17); (iii) metas fiscais e contigenciamento (artigo 4º e 9º). Não há como deixar de relatar que é a Lei de Responsabilidade Fiscal que cria o Estado de Calamidade em seu artigo 65[21].

---

[18] Nota Técnica de nº 20/2020 Congresso Nacional.

[19] Art. 167. São vedados: (...) III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; (...)

[20] TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira.** SP: RT, 2014, p. 315.

[21] O Regime Fiscal Extraordinário é, portanto, introduzido a partir de duas emendas constitucionais. A primeira de nº 106, cujo objeto são questões orçamentárias, e a segunda de nº 107, relacionados a aspectos eleitorais. Tais emendas, inicialmente, suspendem, ao longo da calamidade pública e até 31 de dezembro de 2021, parte dos pilares delimitados pelo Regime Ordinário Fiscal, descrito na Constituição. Inicialmente, a EC de nº 106 seria aplicada a União, mas, em razão dos artigos 25 da CF

` Mas o que é o Novo Regime Fiscal? Divulgado como "Teto de Gastos", o Novo Regime Fiscal caracteriza-se como uma regra fiscal que modula a despesa pública por vinte anos. Ao longo deste período, por força de uma Emenda Constitucional, impôs-se a sociedade o crescimento real nulo das despesas primárias nos primeiros dez anos. Após esse período, o Chefe do Poder Executivo pode alterar o mecanismo de correção, mediante Lei Complementar.. Destaca-se: o Novo Regime Fiscal preocupa-se com as despesas primárias dos três Poderes. É importante salientar que o Novo Regime Fiscal foi fruto do endividamento público, ou melhor, do rápido endividamento público ocorrido entre os anos de 2010 e 2017.

Um ponto de destaque do Novo Regime Fiscal é a preocupação exclusiva com as despesas primárias, ou seja, em relação aos gastos realizados para prover a população bens e serviços públicos. Não há menção, ao longo do Novo Regime Fiscal, a respeito das despesas financeiras. Sobre o Novo Regime Fiscal, Élida Graziane Pinto, José Roberto Afonso e Lais Khales Porto explicam:

> "A evidência de que essa premissa não passa, de fato, de discurso retórico, reside na proposição pelo Executivo federal da Proposta de Emenda à Constituição 241, em 2016, convertida no mesmo ano, em interstício de exatos seis meses, na Emenda Constitucional n. 95, que instituiu o chamado Novo Regime Fiscal brasileiro, com o estabelecimento de limites individualizados para as despesas primárias, em cada exercício financeiro.
>
> **Por meio da referida Emenda, o Poder Executivo federal, inclusive, passa a ter limite de despesas, ainda que sem o devido e constitucionalmente exigido limite de endividamento, o que, não obstante o papel da estipulação de um limite de gastos para o (re)equilíbrio dos cofres públicos, não deixa de ser uma espécie de contrassenso.**

---

e 11 da ADCT, aplica-se, de forma simétrica, aos demais entes. Verticalizando o Regime Fiscal Extraordinário foi promulgada a Lei Complementar de nº 173/2020 (instituiu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavirus SARS Cov 2 (Covid 19), aplicada a todos os entes da Federação, cujo objetivo é estabilizar, ainda mais, a atividade financeira do Estado. Desde já é importante deixar claro que o Regime Fiscal Extraordinário pressupõe o Estado de Calamidade e possui, como outras normas de planejamento financeiro (Leis que compõe o Sistema Orçamentário – LPP, LDO e LOA) – prazo de vigência pré-determinado (a vigência se estenderá até 31/dez/2021). A peculiaridade é que, de fato, as contas poderão ser prestadas de forma segregada pelo Administrador Público. Contudo, tais singularidades não permitem, em nenhuma hipótese, o enfraquecimento da transparência, do controle e da fiscalização.

> (...)
> Assim, como se responsabilidade fiscal fosse um regime jurídico a ser integralmente regulamentado e exigível somente para os entes subnacionais, o ultimato dado pela LC 101/2000 não alcançou seu desiderato em relação à União. Desde então, dezenove anos se passaram e a mora legislativa acerca do regime jurídico da dívida pública federal ganhou contornos dramáticos e não cobertos pelo marco sabidamente transitório, precário e excepcional do controle de expansão do gasto primário federal ditado pela Emenda 95/2016. **Na maioria dos países17 que adotam alguma forma de controle de despesa, esse é acompanhado e complementa o controle da dívida."**

O Regime acima delimitado – Novo Regime Fiscal – foi ainda mais verticalizado, ou seja, reforçado. Com a Emenda Constitucional 109/2000, o artigo 109 da ADCT passou a prever que:

> Art. 109. Se verificado, na aprovação da lei orçamentária, que, no âmbito das despesas sujeitas aos limites do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a proporção da despesa obrigatória primária em relação à despesa primária total foi superior a 95% (noventa e cinco por cento), aplicam-se ao respectivo Poder ou órgão, até o final do exercício a que se refere a lei orçamentária, sem prejuízo de outras medidas, as seguintes vedações:
> I - concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequaçãode remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e de militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo;
> II - criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; IV - admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas:
> a) as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumentode despesa;
> b) as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios;
> c) as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal; e

d) as reposições de temporários para prestação de serviço militar e de alunosde órgãos de formação de militares;

V - realização de concurso público, exceto para as reposições de vacânciasprevistas no inciso IV;

VI - criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas derepresentação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, de servidores e empregados públicos e de militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo; VII - criação de despesa obrigatória; e

VIII - adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acimada variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal .

IX - aumento do valor de benefícios de cunho indenizatório destinados aqualquer membro de Poder, servidor ou empregado da administração pública e a seus dependentes, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo.

§ 1º As vedações previstas nos incisos I, III e VI do caput deste artigo, quando acionadas as vedações para qualquer dos órgãos elencados nos incisos II, III e IV do caput do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicam-se ao conjunto dos órgãos referidos em cada inciso.§ 2º Caso as vedações de que trata o caput deste artigo sejam acionadas para o Poder Executivo, ficam vedadas:

I - a criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem comoa remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções; e

II - a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de naturezatributária.

§ 3º Caso as vedações de que trata o caput deste artigo sejam acionadas, fica vedada a concessão da revisão geral prevista no inciso X do caput do art. 37 da Constituição Federal. § 4º As disposições deste artigo:

I - não constituem obrigação de pagamento futuro pela União ou direitos deoutrem sobre o erário;

> II - não revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivosconstitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas; e
> III - aplicam-se também a proposições legislativas.
> § 5º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput e no § 2º deste artigo não se aplica a medidas de combate a calamidade pública nacional cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração. Art. 110. N.

É certa, portanto, uma tendência em criar limitações às despesas públicas primárias, as quais são responsáveis em alocar recursos na sociedade, de forma a distribuir recursos, seja por meio de políticas de renda ou mesmo igualitárias (como acesso à educação). Após o advento da Emenda Constitucional 109, o "Teto de Gastos" foi reforçado.

É importante consignar, por outro lado, que o "reforço do Teto de Gastos" surge como um contraponto ao fato de ter sido foi esvaziado nos últimos anos em razão da COVID-19 e das Emendas do Regime Extraordinário Fiscal - EC 102 e 105, como da Emenda Constitucional de n. 100, responsável pelas emendas de bancadas. Contudo, com o advento da EC 109, questiona-se se, no atual contexto, da necessária recuperação econômica, se a limitação das despesas primárias contribuirá ou não a redução das mazelas ocasionadas pela grave crise sanitária pela qual o Brasil e o Mundo passa.

3 Os impactos do Novo Regime Fiscal e o Financiamento do Direito Fundamental à Educação

Quanto ao direito fundamental à educação e sua respectiva proteção estatal, a CF estabeleceu um plano de repartição de competências, denotando um esforço material comum a todos os entes de proporcionar os devidos meios de acesso à educação (art. 23, V), prevendo o dever-poder de legislar sobre a matéria de forma concorrente entre a União e os estados (art. 24, IX) e a competência material de os

municípios manterem, com a cooperação técnica e financeira dos níveis federal e estadual, os programas de educação infantil e ensino fundamental (art. 30, VI)[22].

Há, portanto, um consistente e sofisticado arranjo constitucional e legal do direito à educação e da sua proteção estatal. Por essa razão é que a repartição cooperativa de competências na manutenção e desenvolvimento do ensino público guarda dupla funcionalidade: é dever e é poder. Os poderes só podem ser exercidos de forma instrumental em favor dos deveres, o que, em se tratando da garantia material do direito fundamental, revela-se na forma do dever estatal de proteção. Para assegurar o cumprimento de tais deveres-poderes, é que a Constituição de 1988 também operou definindo verdadeiras diretivas positivas com forte conteúdo jurídico para a política pública de educação em todo o território nacional, sob pena de responsabilidade do agente político infrator.

A Emenda Constitucional nº 14/1996 criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de valorização do Magistério (Fundef). O objetivo do Fundo era corrigir disparidades regionais e aumentar a remuneração dos professores. Referido fundo foi regulamentado pela Lei nº 9.424/1996 e pelo Decreto nº 2.264/1997 e implantado em nível nacional em 1º de janeiro de 1998, quando iniciou a nova redistribuição de recursos destinados ao Ensino Fundamental.

Elida Gralizane Pinto esclarece a relevância da emenda:

> "Diante da meta constitucional de eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental, a EC nº 14/1996 deu nova redação ao citado art. 60 para determinar a instituição, no âmbito dos estados e do Distrito Federal, de Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), os quais seriam custeados com recursos dos três níveis da federação"[23].

Assim, a EC n.° 14/1996 não apenas ampliou o percentual de recursos a serem

[22] Pinto, Élida Graziane. Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional / Élida Graziane Pinto; prefácio Ingo Wolfgang Sarlet. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 72.
[23] Idem . p.
50. [28] Idem, p.
55.

aplicados na educação, como criou a possibilidade de intervenção federal em caso de descumprimento do art. 212 da CF:

> "Tal iniciativa da EC nº 14/1996, de proteção do gasto mínimo em educação como verdadeiro "princípio sensível" da Constituição foi pertinentemente reproduzida e ampliada pela EC nº 29/2000, para abarcar, no citado art. 34, VII, alínea "e", também o gasto mínimo nas ações e serviços públicos em saúde. Vale notar que a Emenda nº 29/2000, não cuidou apenas da intervenção federal sobre o Estado-membro, mas também fez inserir no elenco das hipóteses de intervenção estadual sobre os seus municípios (art. 35, III, da CR/1988) o mesmo comando de responsabilidade federativa pela aplicação do mínimo exigido na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos em saúde.
>
> Ainda no desenho protetivo dado pela Constituição de 1988 à educação, duas novas emendas constitucionais se sucederam à Emenda nº 14/1996, para melhor definir o alcance do dever estatal de manutenção e desenvolvimento do ensino (ensino básico, em vez de apenas ensino fundamental, com a EC nº 53, de 19 de dezembro de 2006) e, revendo algumas das próprias regras e princípios do sistema de financiamento de tais ações, veio a EC nº 59, de 11 de novembro de 2009.

Fazendo uma retrospectiva histórica, a autora aponta que houve desafios provocados pela EC n.° 14/1996, em especial sobre qual seria o "valor mínimo nacional por aluno", para fins de complementação financeira da União os fundos geridos por estados, DF e municípios. E indica:

> (...) dois problemas apresentaram-se como estruturais no financiamento das ações e serviços públicos em educação.
>
> Como já dito, o primeiro deles diz respeito à referência do gasto mínimo por aluno (nacionalmente unificado) que se encontrava, em 2004, defasada, como forma de minimizar o impacto financeiro da obrigação inscrita no art. 60, §3º, do ADCT. Ora, o gasto mínimo anual por aluno era subestimado pelo Ministério da Educação, de certa forma, em decorrência do fato de que a União devia complementar os recursos do Fundef, quando os mínimos estaduais, embora

> tivessem cumprido o art. 212 da CR/1988, não alcançassem aquele aludido patamar de referência da qualidade mínima nacional do ensino público[28].

Para resolver o problema, a referida Emenda Constitucional determinou que todos os entes da federação ajustassem suas contribuições ao Fundef, no prazo de cinco anos, "para garantir progressivamente a densidade material e fática de tal indicador normativo". Assevera a autora, ainda, que a prática do Ministério da Educação de manter defasado o aludido valor referencial *per capita* de qualidade mínima do ensino seria inconstitucional. Em suas palavras:

> (...) tanto a defasagem estaria a atentar contra o direito fundamental à educação em sua acepção objetiva de dever estatal de proteção de um padrão mínimo de gasto nacional por aluno, como também criaria uma rota de fuga da União em face do seu dever federativo de complementar os esforços estaduais e municipais de financiamento das ações de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental[24].

O segundo desafio apontado pela autora dizia respeito à necessidade de "redistribuir o peso das responsabilidades federativas pelo financiamento do direito à educação não mais apenas no âmbito do Fundef, mas, sobretudo, na proposta que já se avizinhava em 2004 e que deu origem à Emenda Constitucional nº 53, de 2006, de ampliação da proteção do ensino fundamental para toda a educação básica". Consigna-se, portanto, que o FUNDEF permaneceu em vigor até 31 de dezembro de 2006, quando foi substituído pelo FUNDEB – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação por meio da Emenda Constitucional nº 53/2006[25].

Tal emenda, segundo a autora, objetivava reduzir as instabilidades no financiamento da política pública de educação, ampliando a proteção governamental prioritária, que passou a ser de oferta e manutenção obrigatória.

O funcionamento do FUNDEB foi regulado pela Lei nº 11.494/2007. O prazo de encerramento de vigência do fundo era 31 de dezembro de 2020. De forma a

[24] Idem p. 56.
[25] Idem, p. 56.

preservar o fundo, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 108/2020, quando o FUNDEB deixou de ser tratado por uma norma constitucional transitória (artigo 60 do ADCT) para ser incorporado, definitivamente, ao texto constitucional (artigo 212-A).

Tanto os Estados, como o Distrito Federal e Municípios deverão destinar os recursos indicados pelo artigo 212-A da Constituição Federal ao desenvolvimento do ensino da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. As fontes de renda do referido Fundo podem ser assim discriminadas: (i) 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do caput do art. 155 (ITCMD, ICMS e IPVA); (ii) o inciso II do caput do art. 157 (dos impostos criados pela União no exercício da competência prevista no artigo 154); (iii) incisos II, III e IV do caput do art. 158 (parcelas que os Municípios possuem direito a respeito do ITR, IPVA e ICMS) e, por fim, (iv) as alíneas "a" e "b" do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 desta Constituição (FPM e FPE – serão tratados em tópicos específicos a seguir)[26].

A União Federal será chamada a complementar referido fundo em situações específicas: (i) 10% no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, sempre que o valor anual por aluno (VAAF) não alcançar o mínimo definido nacionalmente; (ii) no mínimo, 10,5 % em cada rede pública de ensino municipal, estadual ou distrital, sempre que o valor anual total por aluno (VAAT), não alcançar o mínimo definido nacionalmente; (iii) 2,5%nas redes públicas que, cumpridas condicionalidades de melhoria de gestão previstas em lei, alcançarem evolução de indicadores a serem definidos, de atendimento e melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades, nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica.

Conclui a autora, "O ponto de equilíbrio, como já dito, é frágil, porque os avanços apontados pela União na EC nº 53/2006 foram conquistados, sobretudo, à revelia de uma renegociação adequada entre ela e os demais entes federativos"[27]. E ainda:

---

[26] MARTYNYCHEN, Marina Michel de Macedo. O federalismo fiscal brasileiro: o papel do Supremo Tribunal Federal e a busca do equilíbrio entre a repartição de recursos e o cumprimento das competências constitucionais dos Entes Federados. In: CLEVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro. Constituições Econômica e Social.** SP: RT, 2021, p. 66-88.

[27] Pinto, Élida Graziane. Op cit, p. 66.

> (...) há um desequilíbrio de receitas e de despesas entre os entes da federação que as Emendas Constitucionais nºs 14/1996, 53/2006 e 59/2009 não conseguiram enfrentar e que fica, como de há muito, relegado à prometida e quase sempre adiada "reforma tributária". De toda sorte, o principal registro é o de que os avanços na educação ainda não são processados na velocidade necessária porque a União não assume o dever de renegociar, mínima e adequadamente, as bases da redistribuição federativa de receitas. Como denunciado por Ziulkoski (2007), criam-se novos direitos, mas não se cuida de indicar as respectivas fontes sólidas de financiamento[28].

E arremata:

> Ao largo de tudo isso e a bem da verdade, o grande desafio, como já dito, em material educacional, reside no dever de manutenção da qualidade do ensino. Isso porque não basta o cumprimento matemático de meta de aplicação de recursos públicos em proporção do PIB do art. 214, VI ou o atingimento contábil do porcentual de gasto mínimo do art. 212, ambos da CR/1988, se a tais balizas de vinculação de gasto corresponder regressividade imotivada de indicadores e índices oficiais de desempenho durante o período examinado[34].

O FUNDEB diferencia-se do chamado "ICMS Educacional". A Emenda Constitucional nº 108/2020, em razão do progresso e avenço da política educacional no Ceará[29], alterou o montante de ICMS a ser repassado para os Municípios. A partir de 2020, VAF – Valor adicionado Fiscal – reduziu de 75% para 65%, sendo que 10% deve ser distribuído a partir dos "*indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos*".

Apesar de possuírem semelhanças[30], deve-se salientar que o FUNDEB e o

---

[28] Idem, p. 66.
[34] Idem p. 67.
[29] Outros Estados que adotam o "ICMS Educacional": Ceará (Lei Estadual 14.023/2007), Minas Gerais (Lei Estadual 18.030/2009), Pernambuco (Lei Estadual 10.489/1990), Alagoas (Lei Estadual nº 5.981/1997) e Amapá (Lei Estadual nº 322/1996).
[30] Caio Gama Mascarenhas salienta as seguintes semelhanças entre as duas formas de financiamento: (i) normas financeiras que discriminam receitas vinculadas à realização de objetivos educacionais, delimitados pela Constituição; (ii) ambas as formas de financiamento são

ICMS Educacional possuem diferenças claras, que influenciam o uso e a forma de contabilização dos recursos. As diferenças, segundo Caio Gama Mascarenhas, podem ser assim definidas a partir de cinco critérios: (i) entes federativos envolvidos; (ii) finalidade financeira; (iii) formas de controle; (iv) forma de vinculação e, por fim, a natureza operacional.

No tocante aos entes Federativos, o FUNDEB é uma forma de financiamento da qual participam a União Federal, Estados-membros e Municípios, sendo que a sua natureza é de fundo (artigos 71 a 74 da Lei 4320/64). O ICMS Educacional, por sua vez, apenas os Estados e Municípios, materializado tão somente por uma transferência direta para cada Município (artigo 5º da LCP 63/90). A finalidade dos financiamentos é distinta: ao passo que o FUNDEB tem como base do repasse um valor mínimo anual definido nacionalmente por aluno – de forma a não prejudicar o ensino em jurisdições fiscalmente problemáticas, o que demonstra uma vinculação por gastos, nos termos do artigo 212, parágrafo 2º. da CF, o ICMS Educacional depende de áreas regadas pelo imposto, ou seja, que apresentem movimentação de mercadorias e prestação de serviços (o que, por um lado, poderá beneficiar regiões com certa riqueza de recursos orçamentários em prejuízo de regiões de baixa circulação). A lógica do Fundeb e do ICMS educacional são distintas: até é possível que a receita de ICMS também adote critérios de números de matrículas (equalização fiscal), contudo, o principal critério a ser levado em conta são os adicionais de melhoria da aprendizagem e aumento da equidade no ensino (daí a razão pela qual afirma-se que o critério de distribuição é de metas – não vinculação de gastos – e o controle do ICMS é finalístico, ou seja, pela eficiência (prêmio) enquanto o controle do Fundeb é operacional)[31].

operacionalizadas por normas constitucionais (Fundeb: artigos 212-A e 60 do ADCT; "ICMS Educacional: 158, inciso II, parágrafo ùnico) e federais (Lei 11.494/2007 para o FUNDEB e 63/90 para o ICMS), além, de normas estaduais e municipais a respeito; (iii) tratam-se de normas configuram transferências intergovernamentais obrigatórias de natureza constitucional., devendo constar nos orçamentos dos entes que devem transferir e dos entes que devem receber (artigo 6º, parágrafo 1º da Lei Federal nº 4320/1964) e, por fim, (iv) Os dois institutos utilizam indicadores educacionais como critério de distribuição de receita (Fundev utiliza o número de matrículas; enquanto o ICMS educacional preocupa-se com critérios de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade". In: MASCARENHAS, Caio
Gama. "ICMS Educacional: o que esperar do novo modelo de financiamento da educação?" In: Revista **Consultor Jurídico**, 1 de novembro de 2020. Acesso: https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/mascarenhas-icms-educacional-ec-1082020?imprimir=1.

[31] MARTYNYCHEN, Marina Michel de Macedo. Op cit, p. 86.

Mas como o Novo Regime Fiscal pode afetar o financiamento da Educação? Justamente em relação aos repasses da União Federal, os quais poderão ser congelados em razão denominado Teto de Gastos.

Élida Graziliane Pinto esclarece que o comando dos arts. 212 da CF e 60 do ADCT representa uma garantia material de que a política pública de educação deveria se desenvolver progressivamente, além de ser, também, uma garantia de ordem financeiro-orçamentária, que cuidou de *como* se assegurariam a manutenção e o desenvolvimento do ensino público. Progressivamente, contudo, é um termo incompatível com o Novo Regime Fiscal, o qual congela os recursos relacionados às despesas primárias.

Conclusão

Por meio do presente artigo não se pretende defender a quebra às regras financeiras de controle de gastos. Pelo contrário. O que se pretende é questionar o porquê das regras que limitam gastos públicos resumirem-se às despesas primárias, sem qualquer cuidado em relação às despesas financeiras. Pelos dados demonstrados, demonstra-se um crescimento expressivo da Dívida Mobiliária Federal, decorrente da emissão de títulos públicos, nos últimos anos. Notou-se a inexistência de regras e limites a respeito da condução da dívida pública federal (o que não ocorre com os Estados-membros e Municípios, os quais são controlados pelo Senado Federal e Ministério da Fazenda).

A preocupação aumenta em razão do Orçamento de Guerra, adotado ao longo de 2020. Em razão da COVID-19, houve forte expansão do gasto governamental, o que aumentará a preocupação com os limites de gastos primários (vide a EC 109).

É possível buscar o equilíbrio entre a preservação dos direitos fundamentais com as regras fiscais de controle orçamentário. O caminho a ser trilhado deve ter como base o orçamento republicano, o qual deverá ser analisado a partir de bases democráticas, as quais pressupõe a transparência. A consolidação do orçamento republicano, por sua vez, depende da análise das despesas financeiras e de seu controle, sob pena de consolidação de um modelo oligárquico em que pese todos os direitos e garantias previstos na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Rui de Britto Alvares. *O federalismo e as teorias hegemônicas da economia do setor público na segunda metade do século XX*. Tese de Doutoramento. Unicamp: Campinas, 2003.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 14. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BALTHAZAR, Ezequiel Antonio Ribeiro. Fundos constitucionais como instrumentos de redução das desigualdades regionais na federação. In: CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DI PIETRO, Juliano. Repartição das receitas tributárias: a repartição do produto da arrecadação. As transferências intergovernamentais. In: CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.

FERREIRA, Ivan Fecury Sydrião. *A economia política do endividamento público em uma federação: um estudo comparativo entre o Brasil e os Estados Unidos*. Ministério Fazenda. Finanças Públicas III Prêmio de Monografia – tesouro nacional. Brasília-DF, 1999.

GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. In: CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.

GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar. In: CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. Repartição de receitas tributárias: a repartição das fontes de receitas. Receitas originárias e derivadas. A distribuição da competência tributária. In: CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal*. São Paulo: Manole, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEDEIROS, Otávio; SILVA, Aline Dieguez B. De Menezes. *Capítulo 4. Conceitos e Estatística da Dívida Pública***.** MEDIEROS, Otávio Laderia de; CARVALHO, Lena Oliveira de; SILVA, Anderson. Dívida Pública e a experiência Brasileira. Secretaria do Tesouro Nacional, 2009, p. 107-109.

MUSGRAVE, Richard A. *Teoria das Finanças Públicas. Um Estudo de Economia Governamental.* 1º Volume. (trad Auriphebo Berrance Simões) SP: Editora Atlas S.A., 1973, p.25.

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de; REZENDE, Fernando (org). Descentralização *e Federalismo Fiscal no Brasil*. Desafios da Reforma Tributária. FGV: Konrad Adenauer Stifun, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Ed. RT, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Federalismo Fiscal e Pacto Federativo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 61, a. 13, p. 179-192, mar.-abr. 2005.

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e liberdade igual.* Ensaio sobre o Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. BH: Fórum, 2018, p. 271-272.

PINTO, Élida Graziane. *Financiamento de direitos fundamentais. Políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da união do pós-Plano Real*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

_____. Financiamento dos direitos à saúde e à educação uma perspectiva constitucional / Élida Graziane Pinto; prefácio Ingo Wolfgang Sarlet. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 72.

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Financeiro. Teoria da Constituição Financeira. SP: RT, 2014, p.40.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1084/2018. Processo 033.619/2016-6. Julgamento 16.05.2018. Ministro Aroldo Cedraz.

20. PERSPECTIVAS DA CONTRADEMOCRACIA EM FACE DO ESGOTAMENTO DA DEMOCRACIA PARLAMENTAR LIBERAL[1]

https://doi.org/10.36592/9786581110642-20

Rogério Gesta Leal[2]

I Notas Introdutórias

O tema da Democracia em tempos como os que vivemos no Brasil é cada vez mais caro à cidadania e, por sua vez, à academia, e não somente em face dos apelos epistemológicos que ela evoca, mas fundamentalmente porque os parâmetros de constituição e operacionalização do modelo liberal fundado na ideia de representação política pela via dos partidos politicos e eleições tem-se mostrado insuficientes para dar conta dos níveis de complexidade e tensionalidades existentes tanto nas relações intersubjetivas como interinstitucionais.

Novos paradigmas democráticos, em face disto, são pensados e experimentados em todo o mundo, em especial os que ampliam a participação/deliberação social no espaço publico – que igualmente tem sido redefinido para além do Estado –, do que decorrem inéditas expressões da soberania popular, as quais vamos demarcar em termos de fundamentos de justificação neste texto, em especial a partir dos conceitos de contrademocracia, de Pierre Rosanvallon, e de democracia radical, de Chantal Mouffe, e seus interlocutores.

Com esta compreensão ampliada da Democracia, queremos sustentar que é possível constituirmos outros pactos de legitimação das ações politicas com inclusão social profunda.

---

[1] O presente artigo foi desenvolvido para ser apresentado nas Jornadas da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, no dia 27/10/2021.

[2] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, lotado na Quarta Câmara Criminal, com competência para julgar originariamente os crimes praticados por Prefeitos e Vereadores e os crimes contra a Administração Pública. Professor Titular da UNISC e da FMP.

II A Democracia e suas possíveis transformações:

Nos últimos anos temos visto ocorrer muitas transformações sociais, políticas, institucionais e econômicas altamente complexas e multifacetadas, envolvendo inclusive mudanças de paradigmas morais e éticos de pessoas físicas e jurídicas, o que tem provocado alterações normativas por parte dos Estados Democráticos de Direito, ora para tentar conter estes processos que nem sempre são benignos (o que se dá em vão), ora para estabelecer responsabilidades pelos danos que eles causam em seus movimentos não lineares.

Estes cenários fazem com que não possamos mais utilizar conceitos e formulas acabadas de modelos democráticos antigos – e mesmo modernos – para compreender de maneira adequada e oxigenada as causas e consequencias decorrentes daí. Tampouco tem sido fácil estruturar minimamente arquiteturas institucionais que recepcionem e atendam satisfatoriamente as demandas individuais e sociais que exsurgem hodiernamente.

Isto ocorre não só em face daquelas demandas possuirem morfologias mutantes (ambientais, de consumo, de segurança pública) provocadas pelos riscos e perigos que lhes dão causa, mas também porque elas reclamam respostas criativas e inovadoras em termos de prevenção e atribuição de responsabilidades efetivas.

Tudo isto se agrava na medida em que as experiências sociais no âmbito da representação política pela via tradicional do sufrágio e dos partidos politicos tem se revelado demasiadamente frustantes em termos de resultados (para dizer o mínimo), oportunizando a ruptura de laços de confiança da Comunidade em suas instituições públicas e mesmo privadas (porque o Mercado igualmente não tem contribuído muito neste sentido).

A corrosão destes processos de deslegitimação progressiva e aguda da Política e do Político tem consequências diretas na gestão dos interesses públicos (governança e governabilidade), pois eles se dão cada vez mais de maneira insulada e sem qualquer interlocução inclusiva com aqueles que detém a verdadeira

soberania popular, os cidadãos.[3]

Em outras palavras, os instrumentos históricos e importantes da Democracia Liberal (parlamento, voto, eleições, partidos politicos, etc.), com os quais nós fundamos nossa condição de cidadania, não conseguem providenciar em niveis aceitáveis o enfrentamento dos problemas gerados em tempo e espaço contemporâneos cada vez mais ágeis e perversos de relações sociais, marcados por tensões e conflitos os mais diversos (étnicos, religiosos, econômicos, sexuais, multiculturais).

Por conta destes elementos todos temos tido varias contribuições da ciência política, da sociologia, da filosofia, e das ciências administrativas para repensarmos alternativas aos modelos tradicionais da Democracia Liberal (tanto nos seus aspectos conceituais como operacionais). Todas elas, entretanto, passam pela necessidade de mobilização da Sociedade e seus movimentos espontâneos e organizados, assim como da rearticulação conceitual e funcional das instituições públicas e privadas. Este repensar tem levado alguns estudiosos do tema a sustentar a emergencia de modelos pós-democráticos para dar conta de tais desafios, constituindo de maneira mais radical – em suas premissas e conclusões – a própria noção e funções da Democracia.[4]

Partindo da premissa de que o debate – nesta linha argumentativa - é importante, desde logo gostariamos de fazer uma provocação no sentido de brevemente demarcar sobre que democracia liberal e representativa estamos falando estar desgastada. Para tanto, não tendo a intenção de ampliar muito esta discussão aqui, temos que basta a referência a alguns autores já clássicos no

---

[3] Ver o texto de PAYE, Jean-Claude. *El final del Estado de Derecho*. Hondarribia: Hiru, 2008, e também o texto de WOLFE, Alan. *Los límites de la legitimidad. Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo*. Madrid: Siglo XXI, 2004.

[4] Ver os textos de (1) LACLAU, Ernesto e MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. London: Verso, 1989; (2) MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis: Vozes, 2001; (3) MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996; (4) MOUFFE, Chantal. *Desconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia*. In MOUFFE, Chantal. (Comp.). Desconstrucción y pragmatismo. Buenos Aires: Paidós, 1998; (5) MOUFFE, Chantal. *Democracia, cidadania e a questão do pluralismo*. In Política & Sociedade, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 11-26, out. 2003; (6) SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a democracia*. Lisboa: Gradiva, 1998; (7) SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; (8) CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos, 2001; (9) CINI, Lorenzo. *Società Civile e Democrazia Radicale*. Firenze: Firenze University Press, 2012.

pensamento politico contemporâneo, como Shumpeter e Sartori.[5]

Schumpter define a Democracia como o tipo de governo caracterizado pela presença de certa concorrência entre elites pela conquista do voto popular. Sartori, por sua vez, sustenta que a Democracia é um regime politico no qual a influência da maioria está baseada e se relaciona diretamente com o poder das minorias, em permanente competição entre si, pela via das eleições. Ou seja, ambos os autores centram seus conceitos de Democracia na ideia da legitimidade da representação política, o que é próprio do liberalismo. Para eles a Democracia se afigura, antes de tudo, como método de escolha dos governantes – enquanto elites políticas que deverão governar a comunidade em nome da maioria dos seus cidadãos.

E este é o problema do conceito liberal de Democracia, fundar-se quase que exlusivamente no sufrágio livre, competitivo e periódico, enquanto fórmula mágica de qualificar e garantir o acerto das escolhas públicas da Sociedade em termos de governo. Problema porque o processo eleitoral fora, progressivamente, cooptado por mediações e interesses mais privados do que públicos, detratores, não raro, das demandas coletivas prementes da maior parte da Sociedade, retirando, pois, sua natureza representativa de massa, para se consolidar como método de gestão das demandas de minorias.

Enfim, estes clássicos do pensamento democrático liberal operavam com conceitos meramente formais e minimalistas da Democracia. Todavia, se formos nos ater, de um lado, as falibilidades da representação política contemporanea, por se afastar das demandas das maiorias; e por outro, aos desafios e demandas que a Sociedade de Riscos em que vivemos nos apresentam, resta evidente ser insuficiente tal perspectiva. Ademais, temos de ter presente que o grande corolário da definição de Democracia Minimalista liberal sempre foi, e ainda é, a defesa da divisão seletiva de trabalho na política, subentendendo radical compreensão da ação politica como atividade exclusivamente pertinente a determinado grupo (de quem vive da política

[5] Em especial os textos: (1) SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961; (2) SCHUMPETER, Joseph A. *Imperialismo e classes sociais.* Rio de Janeiro: Zahar, 1961; (3) SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Ática, 1994; (4) SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: UNB, 1980.

e não para a política), e não como algo próprio da soberania popular.[6] Em outras palavras, na Democracia Minimalista o cidadão tem somente o direito/dever de participar em tempo certo – eleição -, após o que lhe resta o silêncio e a conformação até o próximo mandato.[7]

Esta perspectiva de profissionalização da política que o modelo de Democracia Liberal instituiu, afastando em muito a participação e deliberação social, tem proporcionado sua manipulação estratégica para fins até ilícitos e usualmente divorciados dos interesses realmente públicos.

O problema é que a dinâmica das relações políticas do cotidiano envolvendo os cidadãos e instituições públicas e privadas, as quais geram demandas urgentes e vitais, estão marcadas por indices de complexidade e sofisticação que demandam permanentes controles, consultas e filtros de legitimidade às escolhas públicas vinculantes, e não somente em períodos eleitorais estanques.

Autores mais contemporâneos, como David Held[8], tem defendido que estamos assistindo hoje uma extensão/expansão quantitative das formas democráticas, em especial no Ocidente; mas ao mesmo tempo observamos várias crises do seu funcionamento, pois, de um lado cresce o número de paises democráticos no mundo, enquanto que de outro se reduz o atendimento de muitas demandas dos cidadãos principalmente em face dos direitos e garantias fundamentias que foram extremamente alargados tanto no plano da constitucionalidade como da infraconstitucionalidade.

Ou seja, no momento em que a Democracia parecia haver triunfado enquanto regime de governo associado à participação social, vemos que sua efetiva realização

---

[6] Como nos diz o professor emérito de ciência política da Universidade de Bologna, PASQUINO, Gianfranco. (a cura di). *Strumenti della democrazia*. Bologna: Il Mulino, 2007, p.18: *Soltanto i professionisti della politica (solitamente i ceti dirigenti dei partiti politici) avevano il diritto/dovere di essere selezionati come governanti, mirare a incarichi pubblici ed istituzionali a vari livelli, e così via*.

[7] Postura adotada por Schumpeter no seu clássico SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Op.cit., no sentido de que os eleitores deveriam respeitar a divisão do trabalho político entre si e os político que elegem, não devendo retirar facilmente a confiança depositada entre uma eleição e outra.

[8] Ver os textos: (i) HELD, David. *Models of Democracy*. Cambridge: Polity Press, 1987; (ii) HELD, David. *Foundations of Democracy*. Cambridge: Polity Pres, 2011; (iii) HELD, David. *Global Covenant. The Social-Democratic alternative to the Washington Consensus.* London: Polity, 2004. Na mesma linha ARCHIBUGI, Daniele and HELD, David. *Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents*. In http://www.danielearchibugi.org/downloads/papers/Archibugi_and_Held_Paths_and_Ways.pdf, acesso em 10/10/2017.

está longe de satisfazer seus cidadãos, o que se apresenta como paradoxal, na medida em que o próprio modelo liberal de sociedade de Mercado e Estado de Direito já faziam esta promessa.

O sociólogo ingles Colin Crouch tem enfrentado estas questões também, e sustentado que o retorno à *substância* da Democracia é necessário, ou seja, enquanto *welfare state*. Afastando-se de perspectivas realistas e minimalistas, Crouch estabelece vínculos necessários entre Democracia e Capitalismo, pois para o autor estes dois fenômenos não podem coexistir seperadamente. [9] A Democracia Liberal, na perspectiva de Crouch, não é nada mais nada menos do que adaptação da definição ideal de Democracia em face do modo de vida mutacionalmente constituído pela experiência sempre renovada dos diversos tipos de capitalismos que coexistem entre si (seguramente com atritos inexoráveis).

Para o sociólogo participação eleitoral mais livre e mercado constituem a formula antiga das possibilidades da Democracia no Ocidente – embora insuficientes -, até hoje vigente enquanto diretriz geral de organização seletiva do espaço público. Mas será que esta matriz democrática pode subsistir indene a críticas de insuficiências no campo da legitimidade e eficência social do que seja substantivo para lhe caracterizar? É óbvio que não! Para Crouch, e compartimos com ele tal posição, exige-se da Democracia garantias formais e materiais de equanime distribuição social da riqueza produzida pelo capitalismo e níveis de iguais oportunidades políticas para todos os cidadãos.[10]

Tal equação é muito difícil, sabemos, por mais que o autor ingles enalteça – também com argumentos não satisfativos– que a fase histórica mais proxima daquela ideia tenha sido os compromissos forditas-keynesianos conquistados entre capital e trabalho em determinado periodo histórico na América do Norte.[11] As forças

[9] CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity Press, 2009. Temos presente que o primeiro autor a utilizar esta expressão na perspectiva filosófica e política foi RANCIÈRE, Jacques. *Il disaccordo: politica e filosofia.* Roma: Meltemi, 2007, mas vamos focar no debate que faz Crouch.
[10] Idem, p,52.
[11] Há que reconhecermos, como diz OFFE, Claus. *Lo Stato nel capitalismo maturo*. Milano: Etas Kompass,1977, p.45, que as promessas de equilíbrio entre capital e trabalho forjadas pelo fordismo keynesiano criou a crença efêmera de que *il capitalismo è parso essere compatibile con la democrazia, la classe operaia con il capitale. Ed infatti è stata una fase di intensa crescita economica accompagnata dall'acquisizione di diritti sociali e da un generalizzato benessere sociale*. Ver também do mesmo autor o texto OFFE, Claus. *A economia política do mercado de trabalho*. In Capitalismo desorganizado. Transformações contemporâneas do trabalho e da política. São Paulo: Brasiliense,

sociais e institucionais envolvidas naquele pacto de convivência civilizada entre capital e trabalho não conseguiram resistir as dissidências culturais forjadas na acumulação e concentração de renda fomentadas pelas transformações do capitalismo, que inclusive se desprendeu do trabalho como fator de produção da riqueza.

É importante ter claro que, se uma das partes da relação que estamos analisando (trabalho e capital), seja por supervenientes fragilidades políticas, seja por transformações estruturais do contexo do jogo democrático, vem a faltar, a outra pode fácil e convenientemente assumir a liderança e protagonismo. E esta correlação de forças a todo momento se altera, tornando difusa e móvel tanto as relações de poder como as posições de poder – é disto que trata a Pos-Democracia de Crouch.[12]

De qualquer sorte, estamos partindo da premissa teórica de que não é possível termos um conceito de Democracia que não passa por sua dimensão ideal e também normativa. Em outras palavras, cada definição de Democracia traz consigo específica visão de mundo enquanto forma de vida. E este é o caso das definições minimalistas e restritivas de Democracia Liberal recém vistas. Mas também é verdade que este minimalismo conceitual tem alimentado o funcionamento de instituições políticas no Ocidente há muito tempo, dando vezo inclusive a problemas imensos de corrupção do sistema eleitoral e representativo de parlamentos e governos – como o caso do Brasil atualmente.

Em face disto, novos campos descentralizados de poder extremo foram se constituindo nos ultimos tempos, em decorrência dos processos de desregulamentação de mercados financeiros (ficando livres para atuarem como queiram, mesmo que violando direitos e garantias individuais e sociais); por conta das políticas monetaristas e de exclusão social dos emencipados bancos centrais do mundo todo; diante do surgimento de novos modelos neoliberais de governos gerenciados por elites econômico-financeiras globais, degenerando o que ainda

1989. p. 19-69.

[12] Ver também o texto de ANTONELLI, Francesco. *Caos e postmodernità. Un'analisi a partire dalla sociologia di Michel Maffesoli*. Roma: Philos, 2007.

restava de políticas democráticas e representativas de maiorias sociais pela via do sufrágio e dos partidos políticos.

Nesta pós-democracia, os governos nacionais estão limitados e premidos por matrizes econômicas sem restrições, que inclusive tem cooptado o espaço da política representativa, impondo agendas e pautas de prioridades que em muito se afastam – quiçá vão contra – as verdadeiras demandas comunitárias da maior parte da população, retroalimentando círculos cada vez mais concêntricos de grupos sociais privilegiados.

Isto tudo tem gerado a violação dos princípios ideais sobre os quais restaram fundados os elementos nucleares da própria Democracia Liberal, pois agora os interesses de minorias poderosas têm protagonismos decisionistas mais eficazes do que maiorias representadas formalmente no espaço publico, fazendo que com o sistema politico, forjado para todos, perca gradativamente seus fins matriciais.[13]

A conclusão de Crouch está correta no sentido de que o poder das elites econômico-financeiras tem sido capaz de distocer e corromper os fins últimos da Democracia Liberal e qualquer outra que pensarmos, nos colocando em situação de quebra de expectativas individuais e sociais, rompendo a fidúcia na representação política e nas instituições públicas. Vivemos, pois, em um processo de corrupção institucional, como quer Petrucciani:

> *Un processo di corruzione istituzionale si manifesta quando si ha una situazione di deviazione sistematica dei fini per i quali un'istituzione pubblica è concepita e costruita. Diciamo meglio. Se l'interesse, per esempio, che l'istituzione parlamentare deve costituzionalmente servire è quello pubblico, cioè l'interesse generale dei cittadini, allora la sistematica distorsione di quell'interesse a beneficio di interessi privati può essere definita come un processo di corruzione istituzionale, cioè un processo di corruzione dell'istituzione parlamentare stessa*.[14]

[13] Ver o já clássico texto de ARDIGÒ, Achille. *Crisi di governabilità e mondi vitali*. Bologna: Cappelli, 1980.
[14] PETRUCCIANI, Stefano. *Democrazia*. Torino: Einaudi, 2014, p.49. Ver também o texto de GALLI, Carlo. *Il disagio della democrazia*. Torino: Einaudi, 2011.

Agora é também preciso reconhecermos, partindo do reconhecimento da complexidade das relações na atual Sociedade de Riscos em que vivemos, que não podemos reduzir nossa compreensão sobre a Democracia. Existe outra história e outra realidade que, paradoxalmente, somente nos ultimos anos tem tido reconhecimento academico e politico mais significativo, marcada que está por certo tipo de contra-poder informal e difuso presente nas manifestações de setores organizados e espontâneos da Sociedade Civil[15], assim como na imprensa crítica e denunciativa dos problemas de governo e gestão pública que afligem milhões de pessoas todos dias.

A emergência deste tipo de contra-história da Democracia pode efetivamente fornecer contra-balanços politicos aos processos degenerativos da ordem social pós-democrática, todos centrados naquelas inéditas expressões da Comunidade e de sua participação política com altos níveis de emancipação e crítica, a ponto de caracterizar esgarçamentos profundos na configuração do espaço publico, agora constituído nuclearmente pelo Estado, Governo, Mercado e Sociedade. Aqui, a Democracia Radical é sinônimo de Participação Política radicalmente de todos.[16]

Se é verdade que a ideia de Sociedade Civil, de forma mais clara, nasce com a figura do Estado Moderno, seja no formato absolutista francês, seja no liberal ingles e norteamericano, também é certo que suas funções na constituição do espaço publico ficaram durante muito tempo adstritas a processos eleitorais e de sufrágio, congelando no tempo a possibilidade de deliberação política nestes termos – sem falar, por óbvio, nas oportunidades de debate fora do Estado que os cafés literários da sociedade iluminista francesa do Setecentos proporcionava a grupos seletos da Comunidade, e que mal ou bem formatavam parte da opinião pública também pela via dos veículos de comunicação da época, sem vinculos institucionais com as estruturas de poder vigentes. Como nos diz Roberto Gatti:

---

[15] Em termos históricos ver os textos de: (1) BROUÈ, Pierre. *A primavera dos povos começa em Praga.* São Paulo: Kairós, 1979; (2) HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

[16] Ver os textos de: (i) MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, London, 2000; (ii) MOUFFE, Chantal. *Dimensions of Radical Democracy. Pluralism, Citizenship, Community*. London: Verso, 1992.

> *Le prime manifestazioni della società civile sono i caffè letterari della società illuminista parigina del Settecento. Le riviste letterarie, i salotti buoni della discussione illuminata dell'alta società francese e la carta stampata libera sono, in altre parole, le prime espressioni della formazione di una spazio sociale e culturale autonomo. Autonomo, cioè, dal controllo e dal comando del potere sovrano. Del potere politico. La società civile si afferma, quindi, fin da subito come quello spazio formalmente indipendente dal potere politico, ma anche in questa fase iniziale dal potere economico – dato che coloro che ne fanno parte sono la minoranza dei possidenti, l'alta borghesia illuminata e progressista delle prime società in via di sviluppo capitalista, come la Francia e l'Inghilterra*.[17]

É neste período que se formam minorias de informadores da opinião e críticos no confronto dos poderes estatais e de governo. A afirmação desta Sociedade Civil, mesmo que seletivamente demarcada, coloca em cena o debate como ferramenta política de interlocução e contestação.

Outra lição que a Modernidade nos ensinou é que Sociedade Civil e Opinião Pública são conceitos indissoluvelmente ligados, e é entre o final do século XVIII e o início do século XIX que o conceito de Sociedade Civil ganha destaque na linguagem política ordinária do Ocidente.[18] A partir daqui, em especial com o ingresso das massas operarias no espaço publico democrático, que aquela categoria se complexifica, pois enquanto espaço socialmente autonomo do poder soberano, já não mais se restringe àquelas órbitas privadas seletivas de discussões entre cidadãos iguais e livres, expressões da cultura liberal burguesa, mas se massifica, graças a emersão de novas subjetividades sociais, incluindo as manifestações de vontade das classes operarias, dentre outras, as quais reclamam também um lugar ao sol dos novos tempos.

Neste evolver histórico vamos ter, exemplificativamente, no final dos anos 1960, outros importantes interlocutores ganhando relevo no espaço publico: os estudantes, os negros, as mulheres cada vez mais, fazendo ver que a cotidianeidade

[17] GATTI, Roberto. *Democrazia in transizione*. Roma: Agrilavoro, 1998, p.61. Ver também o já clássico trabalho de HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.
[18] Ver o texto de WOLFE, Alan. *Los límites de la legitimidad. Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo.* Op.cit.

constitui-se por esta incessante possibilidade de surgir inéditas subjetividades que se poem em termos críticos e – por vezes – de forma antagonista em face dos poderes politicos tradicionais, o que evidencia o surgimento progressivo de outras formas de Democracias, algumas subterrâneas e invisíveis.

Estas novas formas de Democracias, não raro, têm causas convergentes e expressões dissonantes. Dentre as causas convergentes seguramente se encontram os deficits cada vez mais agudos de representatividade política dos modelos tradicionais do Estado de Direito vigentes, tomados pela ineficiência comunitária, corrupção endemica e insulamento (descompromisso) social, dando causa a profundas crises de identidade, eficácia e legitimidade as suas instituições (Poder Legislativo, Poder Executivo, Sufrágio, etc.). Em termos de expressões dissonantes destas novas formas democráticas temos opções de regeneração das engrenagens da Democracia Representativa, outras de ampliação da Democracia Participativa, outras ainda propondo a radicalização da Democracia Deliberativa.[19]

Pierre Rosanvallon[20] propôs chamar a história e a realidade destas inovadoras manifestações democráticas não-representativas e não eleitorais (ao menos em seus formatos liberais) como Contrademocracia, enquanto autores como Chantal Mouffe preferem nominá-las de Democracia Radical.[21] A despeito das distinções politicas e filosóficas destes dois conceitos e grupos de autores, tais categorias podem ser associadas.

A realidade desta contrademocracia diz respeito, como quer Rosanvallon, aos poderes indiretos disseminados no corpo social, configurando o que o autor francês chama de democracia da desconfiança organizada, em face do seu modelo tradicional envolvendo a legalidade eleitoral. Esta Democracia alternativa é a da Sociedade Civil em suas manifestações espontâneas e ordenadas (mobilização de massas, físicas e virtuais; passeatas, opinião pública crítica e propositiva; novos atores no espaço publico – organizações não governamentais, associações civis,

---

[19] Ver nosso livro LEAL, Rogério Gesta. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
[20] ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie. La politique a l'âge de la défiance.* Paris: Éditions du Seuil, 2006. Ver também do mesmo autor o texto ROSANVALLON, Pierre. *Le nouvelle question sociale: repenser l'état-providence.* Paris: Le Seuil, 1995.
[21] MOUFFE, Chantal. *Dimensions of Radical Democracy. Pluralism, Citizenship, Community*. Op.cit.

ações de voluntariado), constituindo-se como contrapoder difuso, objetivo e subjetivo, que emerge e se contrapõe à Sociedade Política tradicional.

Na perspectiva de Rosanvallon, na quadra histórica em que vivemos é possível identificarmos ao menos três modalidades de contrapoderes formatados pela Contrademocracia, e que pertencem à Sociedade Civil na sua relação politicamente antagonistica com aquela Sociedade Política tradicional (Estado de Direito em seu formato mais liberal):

(a) O contra-poder de vigilância, primeira dimensão da soberania popular de que estamos falando, enquanto controle/monitoramento social, pela via das mídias, associações civis, sindicatos, movimentos sociais, permanentemente ativo para ocupar-se das disfunções institucionais da Democracia, evitando-as, corrigindo-as e responsabilizando quem as cometeu (direta e indiretamente). Histórica e politicamente a soberania popular crítica tem se expressado nestas múltiplas formas de controle.[22]

(b) O contra-poder de interdição/oposição, segunda dimensão da soberania popular sob comento, evidenciando-se no poder de oposição da Sociedade Civil, no confronto das classes políticas tradicionais e do próprio governo e suas decisões. Aqui, o povo democrático se afirma como soberania social negativa, ou seja, a soberania popular se manifesta enquanto veto, como poder de rejeição, opondo-se permanentemente às decisões governamentais não legítimas sob o ponto de vista da Comunidade e dos interesses públicos indisponíveis.[23]

(c) O contra-poder de julgamento, terceira dimensão de soberania não eleitoral

[22] Podemos colocar como exemplo aqui as várias manifestações sociais – até veiculadas pelas mídias – sobre as deficiências da atuação do governo, como o caso narrado pelo https://g1.globo.com/, acesso em 31/10/2017, dos moradores de Outeiro, distrito de Belém, que reclamaram da situação precária em que se encontrava o serviço de transporte público na ilha. Eles denunciaram a demora da saída dos ônibus do final da linha, o que estava gerando esperas de até uma hora para apanhar o coletivo. Há, também, segundo os moradores, problemas como a falta de segurança nas proximidades dos pontos de paradas dos ônibus e ausência de abrigos para a população se proteger do sol e da chuva enquanto aguarda o coletivo. Decorreu de tal mobilização ações interventivas do Poder Público local.

[23] Um exemplo claro deste poder da soberania popular, no Brasil, pode ser dado pela pesquisa do Instituto Datafolha, divulgada em maio de 2017, pelo jornal Folha de S.Paulo, mostrando que 71% dos brasileiros são contrários à reforma da Previdência que o Governo Federal quer implantar, e somente 23% são a favor. Em face destes números o Presidente da República teve de recuar e adiar esta agenda no Congresso. Ver maiores informações no site https://g1.globo.com/economia/noticia/71-sao-contra-reforma-da-previdencia-aponta-pesquisa-datafolha.ghtml, acesso em 31/10/2017.

e não representativa nos moldes do Estado de Direito Liberal, possuindo dupla perspectiva: (i) a do aumento do poder dos juízes na vida política democrática, e (ii) do aumento das funções/ações judicantes dos cidadãos no confronto dos politicos e governantes, agora mais processados por crimes praticados contra a administração pública, por improbidades administrativas, por gestão temerária que abusa do poder e se desfia das finalidades públicas vinculantes.[24]

Considerações Finais

A título de conclusão, queremos sustentar que a emergencia dos poderes de vigilância, oposição e jurisdicização sobre os quais mencionamos tem marcado profundamente o funcionamento dos regimes politicos e as possibilidades morfológicas da Democracia contemporânea. Por estes motivos, revela-se muito difícil compreendermos estes verdadeiros fenômenos (política e democracia) somente a partir de suas bases constitucionais e formais.

Ou seja, viver democraticamente ultrapassa os parâmetros institucionais da representação política formal e mesmo o processo eleitoral localizado em determinado espaço e tempo circunscritos, isto porque a percepção da soberania popular que estamos propondo para o atual espaço publico complexo em que vivemos, deve estar associada – quiçá, por vezes, contraposta – à soberania eleitoral tradicional, pela via daquelas três outras soberanias mais informais e difusas em nível social (crítica, negativa e judicante).

Em verdade, estamos assistindo hoje cenários públicos em que vicejam, concomitantemente, ações sociais e institucionais de política e contrapolítica, fundadas sobre os avanços e recuos, públicos e privados, dos controles, da oposição

[24] Rosanvallon lembra que o crescimento dos poderes dos juízes no campo político tem sido acelerado pela incapacidade de o sistema político regulamentar-se a si próprio e em responder às expectativas legítimas da Sociedade. Diante disto, os juízes tem se mostrado mais sensíveis e reativos do que os governantes, e por isto agem em nome do povo. ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie. La politique a l'âge de la défiance*. Op.cit., p.160. Isto representa igualmente riscos à Democracia, pois podemos estar alternando modelos democráticos com ausência de representação política legitima por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, por modelos de autoritarismos de toga pela via do decisionismo jurisdicional, substituindo políticas públicas que reclamam interlocução social – mediadas pela representação política. Ver nosso livro LEAL, Rogério Gesta e LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

e da judicialização de temas de interesse comunitário, o que descentraliza em muito o *locus* privilegiado das decisões coletivas, fazendo com que se amplie não só os ambientes em que elas são enfrentadas, mas também alterando a lógica de correlação de forças expressivas nestes processos, nos quais o Parlamento, o Poder Executivo e mesmo o Judiciário, não possuem de maneira exclusiva o domínio das escolhas, porque a Sociedade Civil passa a empoderar-se enquanto sujeito politico, exigindo voz e vez na deliberação da agenda, metas e ações para o atendimento das demandas que se apresentam.

Não estamos propondo que a cidadania tome as rédeas da política sozinha, e o faça também em relação às decisões públicas (Democracia Direta), mas ela efetivamente está intervindo aqui, controlando e influenciando as pautas governamentais desde a participação interativa que estabelece com as esferas institucionais do Estado, o que altera definitivamente nossa compreensão da Democracia Representativa e Liberal, isto porque as formas da política no modelo de que estamos falando (contrademocracia e democracia radical) não podem ser reduzidas ou reconduzidas à representação dos partidos no Parlamento e dos seus profissionais da política, mas devem ir além - ou seja, não estamos tampouco sugerindo que devamos fomentar a fuga da política tradicional.[25]

Nesta linha de reflexão é que podemos pensar na ideia de Democracia de movimentos sociais, como tem sugerido a socióloga Americana Pippa Norris, eis que nos ultimos 30 anos a participação politica dos cidadãos tem aumentado em todas as partes, com profundas transformações, observando-se igualmente quedas vertiginosas na participação eleitoral e nos partidos politicos, substituída por ações sociais não convencionais, a qualquer tempo e lugar, movidas seja por impetos de protestos espontaneos, seja através de manifestações organizadas.[26]

[25] Nos últimos tempos temos assistido declínios inexoráveis e agudos da participação eleitoral em todo o mundo e, ao mesmo tempo, os partidos políticos têm sofrido processos significativos de esvaziamento dos seus filiados e militantes, mas isto não pode nos induzir a erros de avaliação, ou seja, não estamos diante do fim da Democracia e da Política, mas tão somente ao exaurimento da representação política partidária como única forma de debate público de demandas sociais. Ver neste sentido o texto de URBINATI, Nadia. *Democrazia Sfigurata*. Milano: Università Bocconi Editore, 2014.

[26] Em especial nos textos: (a) NORRIS, Pippa. *Critical Citizens. Global Suport for Democratic Governamental*. Oxford: Oxford University Press, 2008; (b) NORRIS, Pippa. *Democratic Phoenix. Agencies, Repertoires, & Targets of Political Activism*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, e

Ou seja, ao invés dos cidadãos se filiarem a partidos politicos e comparecerem em massa nos períodos eleitorais oficiais, muitos tem preferido atuar diretamente em organizações coletivas, associações civis, sindicatos, movimentos estudantis, de operarios, consumidores, etc. Com estas participações, segmentos importantes da sociedade civil, por fora dos canais tradicionais de representação política, vão inclusive construindo alternativas para os problemas que evidenciam em seus reclamos, assim como criam inéditas interlocuções com o Poder Executivo e Legislativo, postando-se como co-autores/colaboradores na constituição das escolhas públicas e suas efetivações.[27]

Como refere Rosanvallon, estes movimentos sociais constituem o vetor mais visível e estruturado dos poderes contra-democráticos, porque, para além de qualquer subjetividade social e política contemporânea, exprimem e se organizam por definição em torno dos três tradicionais poderes instituídos: vigilância, oposição e judicialização.[28] Ao mesmo tempo, tais manifestações estão a impor profunda revisão das noções que temos de Democracia e participação democrática – com todas suas declinações.

É a interação entre poderes politicos tradicionais e contrapoderes democráticos difusos em nivel social que vão reconstruindo o conceito de soberania e democracia contemporâneas (ambas, pós-representativa), criando sinergias positivas de colaboração legitimante entre Sociedade e Estado, a partir de incessantes diálogos voltados a entendimentos conjunturais e estruturantes à satisfação dos interesses efetivamente públicos. Por certo que os processos e procedimentos pragmaticos a partir dos quais isto vai se dar a todo momento reclamam atenção e aprimoramento – principalmente controle -, pois os riscos e

(c) NORRIS, Pippa. *Driving Democracy. Do Power-Sharing Institutions Work?* Cambridge: Harvard University Press, 2006.

[27] Ver o excelente trabalho de ALEEN, Anita; REGAN, Milton C. *Debating Democracy's Discontent. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie*. Oxford: Oxford University Press, 1998. Na mesma direção o livro LEAL, Rogerio Gesta (organizador). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

[28] ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie. La politique a l'âge de la défiance*. Op.cit., p.89. Lorenzo Cini é da mesma opinião quando afirma que: *La democrazia moderna, fin dalle sue origini, si è nutrita ed è stata positivamente trasformata dai contropoteri diffusi della società civile. Senza la pressione dei poteri di sorveglianza, di opposizione e di giudizio promananti dal corpo sociale, la sovranità elettorale e le istituzioni rappresentative sarebbero uscite fortemente impoverite. Questo ci porta a dover ridefinire la stessa nozione di sovranità popolare*. CINI, Lorenzo. *Società civile e democrazia radicale*. Op.cit., p.38.

perigos de sabotagem das demandas coletivas pelas privadas estão sempre presentes, principalmente fomentadas pela lógica de Mercado hegemônica vigente, o que se dá, não raro, também nos momentos de tomadas de decisão e suas execuções.[29]

Bibliografia

ALEEN, Anita; REGAN, Milton C. *Debating Democracy's Discontent. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ANTONELLI, Francesco. *Caos e postmodernità. Un'analisi a partire dalla sociologia di Michel Maffesoli*. Roma: Philos, 2007.

ARCHIBUGI, Daniele and HELD, David. *Cosmopolitan Democracy: Paths and Agents*. In http://www.danielearchibugi.org/downloads/papers/Archibugi_and_Held_Paths_and_Ways.pdf, acesso em 10/10/2017.

ARDIGÒ, Achille. *Crisi di governabilità e mondi vitali*. Bologna: Cappelli, 1980.

ARENA, Gregório. *Cittadini Attivi*. Roma: Edizioni Laterza, 2011.

BROUÈ, Pierre. *A primavera dos povos começa em Praga.* São Paulo: Kairós, 1979.

CINI, Lorenzo. *Società Civile e Democrazia Radicale*. Firenze: Firenze University Press, 2012.

CORTINA, Adela. *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos, 2001.

CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity Press, 2009.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

----. e LINDBLOM, Charles. *Politics, Economics and Welfare*. Chicago: University of Chicago Press.

----. e TUFTE, Edward. *Size and Democracy*. Stanford: Stanford Universisty Press, 1973.

----. *A Preface to Democratic Theory* Chicago: University of Chicago Press, 1986.

[29] Esta ideia de colaboração aqui desenvolvida está muito presente na obra de ARENA, Gregório. *Cittadini Attivi*. Roma: Edizioni Laterza, 2011.

----. *The Dilemmas of Pluralist Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1982.

----. *Who Governs?* New Haven: Yale University Press, 1961.

GALLI, Carlo. *Il disagio della democrazia*. Torino: Einaudi, 2011.

GATTI, Roberto. *Democrazia in transizione*. Roma: Agrilavoro, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

HELD, David. *Foundations of Democracy*. Cambridge: Polity Pres, 2011.

----. *Global Covenant. The Social-Democratic alternative to the Washington Consensus.* London: Polity, 2004.

----. *Models of Democracy*. Cambridge: Polity Press, 1987.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX – 1914-1991.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LACLAU, Ernesto e MOUFFE, Chantal. *Hegemony and socialist strategy: towards a radical democratic politics*. London: Verso, 1989.

LEAL, Rogerio Gesta (organizador). *A Administração Pública Compartida no Brasil e na Itália: reflexões preliminares.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

----. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: alguns estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

----. e LEAL, Mônia Clarissa Hennig. (Org.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELUCCI, Alberto. *A invenção do presente: movimentos sociais nas sociedades complexas*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MOUFFE, Chantal. *Democracia, cidadania e a questão do pluralismo*. In Política & Sociedade, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 11-26, out. 2003.

----. *Desconstrucción, pragmatismo y la política de la democracia*. In MOUFFE, Chantal. (Comp.). Desconstrucción y pragmatismo. Buenos Aires: Paidós, 1998.

----. *Dimensions of Radical Democracy. Pluralism, Citizenship, Community*. London: Verso, 1992.

----. *O regresso do político*. Lisboa: Gradiva, 1996.

----. *The Democratic Paradox*. London: Verso, London, 2000.

NORRIS, Pippa. *Critical Citizens. Global Suport for Democratic Governamental*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

----. *Democratic Phoenix. Agencies, Repertoires, & Targets of Political Activism*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

----. *Driving Democracy. Do Power-Sharing Institutions Work?* Cambridge: Harvard University Press, 2006.

OFFE, Claus. *A economia política do mercado de trabalho*. In Capitalismo desorganizado. Transformações contemporâneas do trabalho e da política. São Paulo: Brasiliense, 1989.

OFFE, Claus. *Lo Stato nel capitalismo maturo*. Milano: Etas Kompass,1977.

PASQUINO, Gianfranco. (a cura di). *Strumenti della democrazia*. Bologna: Il Mulino, 2007.

PAYE, Jean-Claude. *El Final de Estado de Derecho*. Hondarribia: Hiru, 2008.

PETRUCCIANI, Stefano. *Democrazia*. Torino: Einaudi, 2014.

RANCIÈRE, Jacques. *Il disaccordo: politica e filosofia.* Roma: Meltemi, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. *La contre-démocratie. La politique a l'âge de la défiance.* Paris: Éditions du Seuil, 2006.

----. *Le nouvelle question sociale: repenser l'état-providence.* Paris: Le Seuil, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

----. *Reinventar a democracia*. Lisboa: Gradiva, 1998.

SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: UNB, 1980.

----. *A teoria da democracia revisitada : o debate contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Ática, 1994.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

----. *Imperialismo e classes sociais.* Rio de Janeiro: Zahar, 1961.

URBINATI, Nadia. *Democrazia Sfigurata*. Milano: Università Bocconi Editore, 2014.

WOLFE, Alan. *Los límites de la legitimidad. Contradicciones políticas del capitalismo contemporáneo.* Madrid, Siglo XXI, 2004.

21. O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DO CORONOVARÍUS NAS RELAÇÕES LABORAIS

https://doi.org/10.36592/9786581110642-21

Suzéte da Silva Reis[1]

Introdução

A rápida e exponencial propagação do coronavírus afetou todas as nações mundiais e, além das questões sanitárias, afetou profundamente o mundo do trabalho. Passados quase dois anos, os impactos continuam sendo percebidos. Dentre as principais repercussões no âmbito laboral, estão as alterações nas relações de emprego, a flexibilização dos contratos de trabalho, as mudanças no sistema produtivo e do mundo do trabalho, que podem colocar em risco os meios de sobrevivência de milhões de pessoas.

No Brasil não foi diferente e as repercussões começaram a ser sentidas praticamente de forma imediata, com a redução de postos de trabalho, a redução jornadas de trabalho e salário, e suspensão de contratos de trabalhos. Com o intuito de amenizar a situação, o governo federal institui o Auxílio Emergencial, destinado aos trabalhadores informais, autônomos, microempreendedores individuais e desempregados, e o Benefício Emergencial de Preservação do emprego e da renda, que alcançou os trabalhadores formais que tiveram os contratos de trabalho suspensos temporariamente ou os salários e jornadas reduzidas. Tais benefícios cessaram em dezembro de 2020.

No entanto, a pandemia perdurou e se agravou em 2021, criando um cenário ainda mais devastador, tanto no âmbito da saúde, quanto no âmbito econômico, atingindo fortemente, e mais uma vez, o mercado de trabalho.

[1] Doutora em Direito (Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pela UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisas "Relações de trabalho na contemporaneidade". Endereço eletrônico: sreis@unisc.br

Algumas medidas adotadas no ano de 2020 permaneceram, como a adoção da modalidade de teletrabalho por cerca de 43% das empresas brasileiras, com crescimento estimado de 30% após a pandemia. No total, 7,3 milhões de trabalhadores estavam em teletrabalho, o que representa 9,1% dos 80,2 milhões de ocupados e não afastados.

Por outro lado, a taxa média anual de desemprego alcançou 13,2% no segundo trimestre de 2021, atingindo 14,1 milhões de pessoas. Além disso, houve aumento na taxa de informalidade, de desalentados e de trabalhadores por conta própria.

Os números acima apresentados devem servir como sinal de alerta, pois representam ameaças ao direito fundamental ao trabalho, bem como aos direitos decorrentes dessa garantia constitucional, a começar pela remuneração digna e pelas condições adequadas de trabalho. O desemprego, o sub-emprego, o trabalho na informalidade, as atividades domésticas não remuneradas, dentre outros, contrapõem-se aos preceitos do trabalho decente.

O direito fundamental ao trabalho, reconhecido como tal pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado, vai além das garantias constitucionais asseguradas aos trabalhadores e trabalhadores, alcançando a proteção do mercado de trabalho, a geração de emprego e renda, a garantia do trabalho exercido em condições seguras e com remuneração adequada.

Pretende-se, portanto, analisar os impactos da pandemia no mundo do trabalho e as perspectivas para a superação, a partir dos preceitos constitucionais e dos princípios orientadores do Direito do Trabalho, que visam, em última instância, assegurar os direitos fundamentais dos trabalhadores e trabalhadoras.

Pandemia: um panorama geral

No ano de 2020 aconteceu o que parecia impossível: o mundo conhecido parou de girar, os países fecharam as suas fronteiras e muitas pessoas foram confinadas dentro de suas casas, e um futuro incerto se avizinhava, com a possibilidade de uma crise econômica gigantesca. O ano encerrou, porém, a pandemia persistiu e, inclusive, em alguns países, se agravou.

No cenário internacional, a globalização e a ordem liberal foram postas em xeque. Para Castells (2020) estamos vivemos em uma rede global de redes globais. A globalização implica contínuos movimentos de pessoas viajando entre os continentes, o tráfego constante de atividades comerciais, burocráticas e turísticas. Com a pandemia, essa ordem foi afetada. Em consequência, surge a necessidade de pensar além das coordenadas do mercado de ações e do lucro e encontrar novas maneiras de produzir e distribuir os recursos necessários (ZIZEK, 2020a).

Por outro lado, Fernandéz Avilés (2020) destaca que a pandemia desvelou a fragilidade humana e quebrou a ordem natural da vida das pessoas. Além disso, destacou um dos lados da sociedade globalizada: a globalização do risco, que é fruto do acelerado fluxo de pessoas e mercadorias. A comunidade financeira reconheceu que a globalização se desenvolveu em demasia e que não se pode depender para o fluxo normal de produção ou da vida cotidiana, de uma única região que de repente se paralisa (SERVAIS, 2021).

Com o fechamento das fronteiras e o isolamento social, essa ordem foi alterada. E as limitações impostas revelam uma realidade que nem sempre foi considerada e que implicam em profundas mudanças pessoais. A ameaça de perder a saúde ou o trabalho descortina inúmeras fragilidades e futilidades, que apontam para uma mudança no modelo de consumo. Isso talvez sirva para que se reaprenda o valor da vida (CASTELLS, 2020).

Servais (2021) refere que o confinamento paralisou economias nacionais e levou estados a se fechar em seu território. O colapso econômico decorrente da pandemia do coronavírus se deve, segundo Zizek (2020b), ao fato "de que a economia se baseia fundamentalmente no consumo e na perseguição de valores defendidos pela visão capitalista, como a riqueza material". Com as restrições de locomoção, o distanciamento social, o lockdown e outras medidas adotadas pelos governos das diferentes nações mundiais, as pessoas passaram a voltar para suas casas, inclusive o trabalho passou a ser realizado em casa. Isso alterou bruscamente os hábitos de consumo das pessoas, até mesmo porque o risco de perder o emprego ou a renda passou a ser uma realidade muito próxima.

Com a crise sanitária e econômica foram colocados à prova os mecanismos de proteção social em sentido amplo, já que, por sua virulência, a crise do coronavírus

provou a insuficiência "de los mecanismos ordinarios de tutela del estado de bienestar para subvenir tanto a sus efectos disruptivos sobre la continuidad de la actividad productiva, como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos (FERNÁNDEZ AVILÉS, 2020, p. 08). A consequência imediata da pandemia repercute diretamente no mercado de trabalho, ou seja, no emprego e na renda dos trabalhadores e trabalhadoras.

Hidalgo (2020) faz uma importante constatação importante acerca do alcance da pandemia, afirmando que "o impacto social da crise nos países com piores redes de saúde pública pode ser catastrófico. O choque econômico e social nos próximos meses parece dantesco". Afirma, ainda, que "muitos critérios que sustentam ideologicamente o funcionamento infalível dos mercados e da sociedade proprietária, voltam a ser colocados em dúvida no momento de enfrentar uma crise estrutural de envergadura" (HIDALGO, 2020).

A Organização Internacional do Trabalho alerta que a COVID-19 terá impactos de longo alcance no mercado de trabalho. As primeiras estimativas apontavam para um substancial aumento do desemprego e do subemprego. O desemprego global, segundo a estimativa, poderia alcançar 5,3 milhões de pessoas em um cenário baixo, 13 milhões em um cenário médio e 24,7 milhões de pessoas desempregadas em um cenário alto. As mesmas estimativas apontavam que os impactos no emprego implicariam grandes perdas de renda, que poderiam variar de 860 a 3.440 bilhões de dólares. A perda de renda dos trabalhadores, em última análise, é prejudicial para a continuidade dos negócios e para garantia das economias. Além disso, alguns grupos têm propensão a sofrer impactos maiores em termos de emprego e renda: pessoas com problemas de saúde ou idosas, jovens, mulheres, trabalhadoras (es) sem proteção social e trabalhadoras (es) migrantes. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2020a).

Em 2021, as estimativas são de que o déficit de empregos poderá alcançar 75 milhões no ano, com queda para 23 milhões em 2022. O déficit correspondente em horas de trabalho, que inclui as perdas de postos de trabalho e a redução de horas de trabalho, equivale a 100 milhões de empregos em tempo integral em 2021 e 26 milhões de empregos em tempo integral em 2022. Com isso, estima-se que o

desemprego atinja 205 milhões de pessoas em 2022. (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2021).

A crise descortinou a necessidade da forte intervenção estatal e a injeção massiva de liquidez na economia como medida para reverter a situação econômica, tais como a adoção da tributação progressiva, o controle sobre mercados de capitais, maiores transferências de rendas sociais e um maior equilíbrio nas relações de trabalho (HIDALGO, 2020).

A recuperação global do emprego ocorrerá de forma desigual, especialmente devido ao acesso desigual às vacinas e a capacidade limitada da maioria das economias em desenvolvimento e emergentes para apoiar as necessárias medidas de estímulo fiscal. Também se estima que a qualidade dos novos empregos provavelmente sofrerá deteriorações nesses países (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2021).

Dentre os resultados da crise mundial que provocou a redução do trabalho e do emprego, está o agravamento da pobreza. Dados do relatório Perspectivas sociais e do emprego no mundo: tendências 2021, indicam que 108 milhões a mais de trabalhadores são considerados como vivendo na pobreza ou extrema pobreza, vivendo com o equivalente a US$ 3,20 por dia, o que afeta a realização do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável de erradicação da pobreza até o ano de 2030. Há indicação também de que os mais vulneráveis foram os mais afetados, exacerbando as desigualdades já existentes. É o caso das mulheres, que tiveram uma contração de emprego de 5% em comparação com 3,9% do emprego masculino. Somado a isso, verificou-se o aumento da inatividade e, por outro lado, o aumento das responsabilidades e atribuições domésticas (INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 2021).

Os resultados e estimativas apresentados indicam riscos de violação ao direito fundamental ao trabalho o que, em consequência, afeta os demais direitos fundamentais dos trabalhadores e trabalhadoras. Assim, não se pode perder de vista a lição de Sarlet (2012, p. 38) ao referir que a história dos direitos fundamentais está associada ao "surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem".

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas relativas às pessoas que foram integradas ao texto da Constituição, em razão do seu conteúdo e importância, e que, por isso, foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (SARLET, 2012). Portanto, diante dos impactos de uma crise como a ocasionada pela pandemia do coronavírus, a atuação estatal deve voltar-se para a garantia desses direitos e, em última instância, garantir o respeito à dignidade humana.

A pandemia e o mercado de trabalho brasileiro

No Brasil, além dos profundos impactos no âmbito da saúde, o coronavírus provocou um efeito devastador no mercado de trabalho, que já apresentava números preocupantes antes da pandemia: dos cerca de 160 milhões de brasileiros que compõe a população economicamente ativa, 45% deles estavam na informalidade e a taxa de desemprego se aproximava de 12%. Com a paralisação temporária ou definitiva de inúmeras atividades econômicas, o cenário se agravou drasticamente.

Antunes (2020, p. 07) destaca que no Brasil onde sempre se vivenciou "formas intensas de exploração do trabalho e de precarização ilimitada, as consequências são ainda mais perversas do ponto de vista social". O desaquecimento do mercado, as demissões, suspensão de contratos e redução de jornada de trabalho diminuíram de forma drástica a remuneração dos trabalhadores. Para os trabalhadores informais, o impacto foi ainda mais significativo, já que os mesmos não possuem qualquer tipo de proteção contratual, nem mesmo amparo estatal em muitas situações.

Dados de uma pesquisa realizada pelo Centro de Estudos da Metrópole (CEM), Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), do Social *Accountability International* e Universidade de São Paulo (USP) e divulgados em abril de 2020, revelaram que 75,5 milhões de pessoas, que representam 81% da força de trabalho nacional, experimentavam algum tipo de vulnerabilidade em virtude dos efeitos da pandemia do Covid-19 (CENTRO DE ESTUDOS DA METRÓPOLE, 2020).

Os resultados mostraram que 23,8 milhões de pessoas, o que representa um quarto dos trabalhadores brasileiros, concentra vulnerabilidades, tanto em função

dos seus vínculos quanto de suas posições frágeis e que 75,5 milhões de pessoas, cerca de 81% da força de trabalho, experimenta algum tipo de vulnerabilidade em virtude dos efeitos da pandemia do coronavírus. Além disso, verificou-se na pesquisa que os grupos vulneráveis estão distribuídos de forma razoavelmente homogênea nos estados brasileiros e que são afetados de forma semelhante, concluindo que os trabalhadores mais vulneráveis de São Paulo e Maranhão, os estados mais rico e mais pobre do país, respectivamente, estão igualmente sujeitos à perda do emprego e a significativa deterioração da renda (CENTRO DA METRÓPOLE, 2020a).

A preocupação com o mercado de trabalho brasileiro, com a redução de postos de trabalho, a elevação no número de demissões, as reduções de jornada e de salários, somada à preocupação com os desempregados, informais, subocupados de baixa renda e desalentados – aqueles que já deixaram de procurar emprego -, tem ainda um outro elemento, que diz respeito à sobrevivência das micro e pequenas empresas. Como as mesmas não dispõe de capital de giro ou linhas de crédito, encontram-se em situação de risco maior e necessitam, portanto, de medidas específicas para atendimento das suas demandas.

O alerta também é feito pela Organização Internacional do Trabalho, que aponta que os micros e os pequenos empreendimentos são o motor da economia global e que estão sofrendo perdas imensas, sendo que muitas delas não conseguirão se recuperar. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2020b).

No Brasil, as micro e pequenas empresas concentram 52% dos empregos formais. No ano de 2019 registrou-se a existência de mais de 8 milhões de microempreendedores, enquanto o número de desempregados girava em torno de 13 milhões. Em 2020, as microempresas respondiam por 56,7% do total de negócios em funcionamento no Brasil, representando um crescimento de 8,4% em relação a 2019. De janeiro a junho de 2021 foram abertas 2.070.817 novas empresas, sendo que 80% (1.564.167) são microempreendedores individuais (MEIs). Diante do cenário de redução de postos formais de trabalho, a necessidade de garantir a geração de renda impulsionou a abertura de novos negócios, no formato de Microempresas. Entretanto, apesar do aumento significativo do número de empresas, não há o correspondente aumento do número de postos de trabalho ou a garantia de renda. Esses dados trazem indicativos sobre a necessidade de que as medidas adotadas

sejam eficientes para conter os impactos, presentes e futuros, da situação de urgência, atendendo as necessidades públicas e garantido a observância e respeito à dignidade humana.[2]

Com o intuito de amenizar o cenário, nos primeiros meses de 2020 foram editadas diversas medidas provisórias. Duas dessas medidas impactaram diretamente os contratos de trabalho: a Medida Provisória n. 927, editada em 22 de março de 2020, que dispunha sobre as medidas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública e a Medida Provisória n. 936, de 01 de abril de 2020, posteriormente convertida na Lei n. 14.020, em 06 de julho de 2020, que ampliou os prazos para redução de jornada e salário e suspensão temporária do contrato de trabalho. Outras medidas provisórias foram editadas, amenizando os impactos no mercado de trabalho: a Medida Provisória n. 935, abrindo crédito extraordinário para o Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; a Medida Provisória n. 943, que abriu crédito extraordinário para atender à programação de concessão de financiamentos para o pagamento da folha salarial; a Medida Provisória n. 944, que instituiu o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, destinado à realização de operações de crédito com empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, com a finalidade de pagamento de folha salarial de seus empregados; a Medida Provisória n. 975, que instituiu o Programa Emergencial de Acesso a Crédito, com o objetivo de facilitar o acesso a crédito por meio da disponibilização de garantias e de preservar empresas de pequeno e de médio porte diante dos impactos econômicos decorrentes da pandemia de coronavírus (covid-19), para a proteção de empregos e da renda.

Entretanto, tais medidas não foram suficientes, apesar de que, de forma imediata, representaram um auxílio financeiro imediato para a manutenção das atividades empresariais e a manutenção dos empregos. A preocupação com a garantia de um nível mínimo de renda, num primeiro momento, concretiza-se com a adoção dos subsídios excepcionais ou emergenciais, seguidos da estruturação de

[2] (NAHAS, MARTINEZ, 2020, http://www.cielolaboral.com/consideracoes-sobre-as-medidas-adotadas-pelo-brasil-para-solucionar-os-impactos-da-pandemia-do-covid-19-sobre-os-contratos-de-trabalho-e-no-campo-da-seguridade-social-e-da-de-prevencao-de-riscos-labor/).

uma rede de proteção social (FERNANDEZ AVILÉS, 2020). Em seguida, é preciso adotar mecanismos de médio e longo prazo que permitam a obtenção de renda pelos trabalhadores e trabalhadoras.

O início de 2021 e a chegada da segunda (ou terceira) onda da COVID-19, trouxe novas inquietações. Os indicadores do último trimestre de 2020 e primeiro trimestre de 2021 não são alentadores. Além dos 14,3 milhões de desempregados, houve aumento nas taxas de informalidade, desalentados e trabalhadores por conta própria. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que a taxa de informalidade passou de 41,1% em 2019 para 38,7% em 2020, o equivalente a 33,3 milhões pessoas sem carteira assinada. Dentre os trabalhadores com carteira de trabalho assinada no setor privado, observou-se um recuo de 7,8%, alcançando 30,6 milhões de pessoas. O número de desalentados – pessoas que desistiram de procurar trabalho teve crescimento de 16,1%, somando 5,5 milhões de pessoas em 2020. Os trabalhadores por conta própria também foram afetados, totalizando 22,7 milhões, uma retração de 6,2% em relação a 2019 (IBGE, 2021).

Para superar a crise, manter as atividades econômicas e preservar a saúde dos trabalhadores, uma das alternativas encontrada por muitas empresas foi a adoção da modalidade de teletrabalho. Para Alonso e Zavanella (2020), o teletrabalho está assentado na confiança entre empregador e teletrabalhador, que deve ter duas habilidades essenciais: autonomia e responsabilidade de exercer suas atividades laborais fora do local habitual. A gestão do tempo e organização do trabalhador continuam sujeitas às intervenções do empregador.

Essa modalidade de trabalho permite uma maior flexibilidade de horários e permite que os trabalhadores conciliem as responsabilidades familiares e profissionais. No entanto, as desvantagens também são conhecidas, especialmente no que diz respeito ao direito à desconexão (SERVAIS, 2021).

A pandemia foi um forte impulso para a tendência de modificação radical da organização dos recursos humanos. As empresas viram a necessidade de diminuir as pessoas no local de trabalho e as formas de trabalho à distância ganharam espaço durante o confinamento (SERVAIS, 2021), especialmente a partir dos meios tecnológicos de informação e comunicação.

Todavia, a modernização tecnológica, que permite a adoção do teletrabalho, não alcança todos os setores econômicos. Alguns desses setores foram duramente atingidos, aumentando a precarização do trabalho e o desemprego.

Apesar disso, no Brasil, o número de desempregados não foi maior porque boa parte das empresas – cerca de 43% - adotaram o teletrabalho como uma das formas de continuar as atividades produtivas sem comprometer a saúde dos trabalhadores.

A tendência de ampliação do teletrabalho já vinha sendo percebida antes mesmo da pandemia. Os avanços tecnológicos, especialmente com a Indústria 4.0 já vinham relativizando as hierarquias, eliminando trabalhadores desabilitados para as novas funções e alterando as métricas com a valorização da inovação (OLIVEIRA NETO, 2018). A pandemia nada mais fez do que acelerar esse processo.

No Brasil, até o final de 2020, 7,3 milhões de pessoas estavam trabalhando remotamente, o que representa 9,1% dos 80,2 milhões de ocupados e não afastados.[3] Desse total, 57,8 eram mulheres, sendo que 65,3% eram da cor branca, 76% tinham nível superior completo e 31,8% tinham idade entre 30 e 39 anos de idade. Desse número, 2,85 milhões de pessoas estavam no setor público e 4,48 milhões no setor privado (IPEA, 2021).

Entretanto, não somente os trabalhadores formais – aqueles com carteira assinada – estavam em teletrabalho. Apesar de representarem 84,8% do total – 6,2 milhões de pessoas, cerca de 1,1 milhão de trabalhadores informais também desempenharam suas funções remotamente.

Apesar da alternativa do teletrabalho que tem contribuído para a manutenção de empregos e trabalho, a análise dos dados que estão sendo compilados aponta que a informalidade irá crescer, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, o que provocará impacto no desenvolvimento social e econômico. A informalidade prospera em cenários de desemprego, de desigualdade e de precariedade. Os trabalhadores informais estão, em regra, em maior número nos países em desenvolvimento. O problema é fazê-los voltar a integrar a economia formal.

No Brasil, os trabalhadores informais representam cerca de 40% do total da população economicamente ativa (PEA) e não possuem quase nenhuma proteção

[3] Não afastados são os trabalhadores que não foram afetados pelas Medida Provisória e Lei 14.020 que permitiam a suspensão temporária do contrato de trabalho.

social. A pandemia somente agravou a situação dos mesmos que, impossibilitados de exercer seu trabalho em razão das medidas de confinamento e distanciamento social, ficaram sem nenhuma renda ou forma de subsistência. Para ampará-los, é preciso adotar medidas que visem a ampliação dos empregos, a garantia da saúde dos trabalhadores e a extensão da rede de proteção social, como a seguridade social e a instituição de uma renda básica.

Para Mascaro (2020, p. 05), a pandemia evidenciou o modelo de relação social:

> No fundamental, a dinâmica da crise evidenciada pela pandemia é do modelo de relação social, baseado na apreensão dos meios de produção pelas mãos de alguns e pela exclusão automática da maioria dos seres humanos das condições de sustentar materialmente sua existência, sustento que as classes desprovidas de capital são coagidas a obter mediante estratégias de venda de sua força de trabalho.

A crise econômica decorrente da pandemia afetou as camadas menos abastadas, comprometendo o acesso aos bens de consumo essenciais, o que caracteriza um modelo de consumo excludente. Mascaro (2020) alerta para o fato de que as medidas adotadas até o momento, como a renda básica disponibilizada aos mais pobres, linhas de crédito a empresas e dilatação do prazo para pagamento de tributos, possam não ser suficientes e não representar uma resposta aos problemas decorrentes da crise gerada pela pandemia.

Da mesma forma, a adoção de medidas temporárias, como o teletrabalho, e que podem se tornar definitivas, não são suficientes, por si só, para a garantia do direito fundamental ao trabalho. Porque essa garantia não diz respeito apenas a manutenção do emprego, mas está intrinsecamente relacionada à garantia de uma remuneração adequada, condizente com o número de horas trabalhadas, com a saúde e a segurança no trabalho e com a garantia de proteção social, quando necessário.

Por outro lado, o incentivo a abertura de microempresas individuais não representa necessariamente a garantia de trabalho ou de renda. O direito

fundamental ao trabalho implica na assunção, por parte dos trabalhadores e trabalhadoras, do protagonismo de suas histórias e de suas vidas.

Conclusão

O mundo do trabalho não é estanque ou imutável. Entretanto, os impactos provocados pela pandemia do coronavírus foram tantos que mesmo após um ano não é possível prever com exatidão a amplitude dos mesmos. Em pouquíssimo tempo, foram adotadas novas regras, foram editados decretos municipais e estaduais, foi decretado estado de calamidade pública em todo o território nacional. Enfim, a vida foi afetada nos mais variados aspectos, incluindo especialmente o mundo do trabalho.

Além das questões relativas ao fechamento de postos formais de trabalho e demissões, os contratos de trabalhos foram afetados com a possibilidade de suspensão temporária do contrato de trabalho, a redução de jornada e salários e a flexibilização de algumas normas, permitidas pelas Medidas Provisórias n. 927 e n. 936, que buscavam alternativas para o enfrentamento da pandemia e a manutenção dos empregos e da renda. Tais medidas cessaram, porém algumas incertezas permanecem, assim como os índices de desemprego têm se mantido estável, sem sinais imediatos de redução.

Diante de um cenário de precarização e incertezas em relação ao mundo do trabalho, é preciso que os estados assumam o protagonismo e criem estratégias e ações de longo prazo, sem descuidar, é claro, das ações imediatas para amenizar os impactos violentos da perda da remuneração e renda dos trabalhadores e trabalhadoras.

Os direitos fundamentais, especificamente os direitos sociais trabalhistas, não podem ser limitados ou menosprezados. O direito do trabalho de exceção, que visa, num primeiro momento, assegurar a manutenção do emprego e da renda, nem sempre possui uma qualidade técnica, justamente em razão da urgência e da excepcionalidade. Em razão disso, pode se tornar uma fonte de conflitos interpretativos, trazendo a insegurança jurídica e precarizando as relações de trabalho.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Coronavírus*: o trabalho sob fogo cruzado. São Paulo: Boitempo, 2020.

ALONSO, João Carmelo; ZAVANELLA, Fabiano. O Impacto tecnológico nas relações de emprego em prol do aumento da produtividade. In: MANRICH, Nelson (org.). *Diretrizes da OIT em seu centenário*: Qual o futuro do Direito do Trabalho? São Paulo. Getrab- USP. Porto Alegre, 2020. p. 235-248.

CAGED. Estatísticas mensais do emprego formal novo Gaged. Brasília: 2020. Disponível em http://trabalho.gov.br/images/Documentos/CAGED/2020/Apresentacao_Coletiva_Caged.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

CENTRO DE ESTUDOS DA METRÓPOLE. COVID-19: Políticas Públicas e as Respostas da Sociedade. Rede de Pesquisa Solidária. Boletim n. 02. São Paulo, abr./2020a. Disponível em http://centrodametropole.fflch.usp.br/sites/centrodametropole.fflch.usp.br/files/cem_na_midia_anexos/Boletim_2_Covid19___NT2v3.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

CENTRO DE ESTUDOS DA METRÓPOLE. COVID-19: Políticas Públicas e as Respostas da Sociedade. Rede de Pesquisa Solidária. Boletim n. 08. São Paulo, maio/2020b. Disponível em http://centrodametropole.fflch.usp.br/sites/centrodametropole.fflch.usp.br/files/cem_na_midia_anexos/BoletimPP%26S_8_29maio.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (2020). ¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *445,* 2020, p. 7-26.

HIDALGO, Daniel Castillo. *Keynes contra o coronavírus.* 2020. Disponível em http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597415-keynes-contra-o-coronavirus-artigo-de-daniel-castillo-hidalgo. Acesso em: 08 set. 2021.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *World Employment and Social Outlook*: Trends 2021. Geneva: ILO, 2021. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_795453.pdf. Acesso em: 09 dez. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTCA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD Contínua. 2021. Disponível em https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=desemprego&searchphrase=all&start=20#:~:text=Busca%20%7C%20IBGE&text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20(14,2020%20(11%2C2%25). Acesso em: 14 set. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. IPEA. O trabalho remoto e a pandemia: o que a PNAD Covid-19 nos mostrou. 2021. Disponível em https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2021/02/o-trabalho-remoto-e-a-pandemia-o-que-a-pnad-covid-19-nos-mostrou/. Acesso em 14 set. 2021.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crise e pandemia*. São Paulo: Boitempo, 2020.

NAHAS, Thereza C.; MARTINEZ, Luciano. Considerações sobre as medidas adotadas pelo Brasil para solucionar os impactos da pandemia do COVID-19 sobre os contratos de trabalho e no campo da seguridade social e da prevenção de riscos laborais. BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). *O direito do trabalho na crise da COVID-19.* Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 803-816.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual*: causas, efeitos e conformação. São Paulo: LTr, 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Como a COVID-19 afetará o mundo do trabalho? Brasília, abr./2020a. Disponível em https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_740753/lang--pt/index.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As normas da OIT e a COVID-19 (coronavírus).* Brasília, mar./2020c. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_745248.pdf. Acesso em 05 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SERVAIS, Jean-Michel. *As consequências sociais da COVID-19*: uma visão jurídica comparada após um ano. 2021. Disponível em https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-532172?e=e8a3457fee. Acesso em 04 set. 2021.

ZIZEK, Slavoj. *Pandemia: Covid-19 e a reinvenção do comunismo (Pandemia Capital)*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2020. E-book. Disponível em https://www.amazon.com.br/kindle/dp/B0872KYN8Z/_kindle_ext_eos_detail. Acesso em: 04 set. 2021..

ZIZEK, Slavoj. *A barbárie com rosto humano*. Disponível em http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/597676-a-barbarie-com-rosto-humano-artigo-de-slavoj-zizek. Acesso em: 04 set. 2021.

22. PROCESSO CIVIL E TUTELA DE DIREITOS

CIVIL PROCEDURE AND ENFORCEMENT OF RIGHTS

https://doi.org/10.36592/9786581110642-22

William Soares Pugliese[1]

Viviane Lemes da Rosa[2]

Resumo

O objetivo do presente artigo é demonstrar a relação entre o direito processual e a tutela de direitos na contemporaneidade. A premissa do texto é a de que, diante da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a tutela dos direitos é dever do estado e, portanto, deve pautar a concepção e a interpretação do processo civil. Para tanto, examina-se a relação entre Estado e direito processual. Em síntese, essa primeira ideia a ser transmitida é que cada modelo de Estado adota um modelo de processo, na medida em que esse instituto se presta, prioritariamente, para a legitimação do poder do Estado em instâncias em que a tutela de direitos é necessária. O segundo tópico examina a relação entre o processo civil e os direitos fundamentais, que implica uma compreensão própria do direito processual para a contemporaneidade. O terceiro ponto trata das normas fundamentais do processo civil, em duas óticas: a uma, pela via teórica, com a investigação sobre qual é o sentido de uma norma fundamental do processo; a duas, pelo exame pormenorizado das principais normas fundamentais do processo, sob um ponto de vista dogmático. Por fim, registra-se a tese da dupla função do processo, pela qual o direito processual também é elemento relevante para a definição da interpretação do Direito. O artigo conclui que o processo é um instituto central na efetividade da tutela dos direitos no estado contemporâneo.
Palavras-chave: Processo Civil. Tutela de direitos. Interpretação do Direito.

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate the relationship between procedural law and the protection of rights in contemporaneity. The text's premise is that, in view of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, the protection of rights is a duty of the state and, therefore, should guide the conception and interpretation of the civil process. Therefore, the relationship between the State and procedural law is

[1] Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. william@pxadvogados.com.br

[2] Advogada. Diretora da Geslat - Gestão de Laticínios. Mestre em Direito pela UFPR. Doutoranda em Direito pela UFPR e pela UNOESC. viviane@geslat.com.br

examined. In summary, this first idea to be conveyed is that each State model adopts a process model, as this institution lends itself, primarily, to the legitimization of State power in instances where the protection of rights is necessary. The second topic examines the relationship between civil procedure and fundamental rights, which implies a proper understanding of procedural law for contemporaneity. The third point deals with the fundamental norms of the civil procedure, in two perspectives: first, through the theoretical approach, with the investigation of what is the meaning of a fundamental norm of the process; second, by the detailed examination of the main fundamental norms of the process, from a dogmatic point of view. Finally, the thesis of the dual function of the process is registered, whereby procedural law is also a relevant element for the definition of the interpretation of the Law. The article concludes that the process is a central institute in the effectiveness of the protection of rights in the contemporary state.
Keywords: Civil procedure. Enforcement of rights. Interpretation of law.

1. INTRODUÇÃO

Quando se pensa a respeito da teoria do processo, um dos mais importantes elementos para a sua compreensão é a necessária relação do direito processual com a consecução dos objetivos do Estado. Isto significa que os elementos normativos para a compreensão do processo civil não devem ser estabelecidos pelo próprio processo, mas pelos ideais definidos na Constituição, especialmente no que diz respeito às opções e direitos fundamentais. Assim, se um Estado define valores liberais e adota apenas proteções formais aos cidadãos, o processo assumirá uma feição determinada, bastante formal e legalista. Se, por outro lado, o Estado estabelece como valores a dignidade da pessoa humana e confere às pessoas um conjunto de garantias fundamentais, o direito processual deve refletir esse conjunto de garantias e, mais do que isso, servir como instrumento para a consecução desses direitos.

O objetivo deste artigo é demonstrar essa relação entre processo e tutela de direitos e registrar três pontos pelos quais é possível desenvolver o direito processual na linha pretendida: o processo como instrumento de tutela de direitos fundamentais, as normas fundamentais do processo e a dupla função do processo. Para tanto, os dois primeiros itens do texto têm o objetivo de demonstrar o desenvolvimento da ciência do direito processual e sua relação com a concepção de

direito e de Estado a cada momento na história. Ou seja, o processo do Estado Liberal, concebido após a Revolução Francesa, é diferente do processo de um Estado Constitucional que se pauta por valores sociais. Não há certo e errado, mas projetos coerentes e compatíveis entre si. O que se pode afirmar, desde já, é que nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o processo civil brasileiro deve ter a função de permitir o exercício do poder estatal, especialmente do Poder Judiciário, a fim de tutelar direitos.

O item seguinte, já tomando como base as conclusões parciais dos itens acima, trata das normas fundamentais do processo. Essas normas fundamentais, previstas pelo próprio Código de Processo Civil, são disposições que orientam o intérprete e que estabelecem premissas básicas para a reflexão a respeito do direito processual. Nesse mesmo sentido, o último tópico apresenta como o processo também serve para oferecer segurança jurídica ao jurisdicionado, em virtude de sua dupla função. Vale dizer que, para além da tutela de casos individuais, o processo permite aos tribunais que desenvolvam a interpretação do Direito e definam, por meio de precedentes, o entendimento das Cortes a respeito de casos. A segurança oferecida por essa prática também tutela direitos.

O artigo tem como metodologia central a pesquisa bibliográfica. A conclusão é a de que o processo é um instituto central na efetividade da tutela dos direitos no estado contemporâneo.

2 Estado e direito processual

Pensar o processo civil à luz dos direitos fundamentais foi a principal razão pela qual a disciplina do direito processual civil se desenvolveu nas últimas décadas. Mais do que uma simples metodologia, este olhar provocou uma mudança na concepção de processo, no significado do direito de ação, na função da jurisdição, enfim, houve uma alteração paradigmática da teoria do processo e uma revisão de seus principais institutos. Este tópico busca tratar justamente desse assunto, partindo da noção de Estado Constitucional como fundamento para as mudanças indicadas. Da noção de estado contemporâneo passa-se a apreciação de duas

concepções de pensamento jurídico que também contribuíram para essa modificação: o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

Se, hoje, há um Estado Constitucional que fundamenta o pensamento jurídico, antes dele havia o que se denominava de Estado Liberal, calcado no positivismo jurídico. Algumas breves considerações sobre esse modelo precursor de Estado se fazem necessárias para destacar as alterações sofridas e os pontos relevantes a serem considerados hodiernamente.

2.1 A passagem do Estado Liberal para o Estado Constitucional

O Estado Liberal de Direito surgiu diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu. O regime anterior, marcado pelos abusos dos monarcas e pela insegurança da sociedade civil, deu lugar um uma nova opção de estrutura de poder que tinha no princípio da legalidade seu maior fundamento. Por conta da legalidade, a lei foi alçada – ao menos na Europa continental – a um ato supremo, visto como o produto do mais democrático dos poderes (Legislativo) e com o objetivo de eliminar as tradições jurídicas do absolutismo. A administração pública (Executivo) e os juízes (Judiciário) deveriam atuar dentro dos limites estabelecidos pela lei, não podendo invocar qualquer direito ou razão pública que com ela se chocasse[3].

O modelo do Estado Liberal representava, na época, um avanço diante do regime que havia sido suplantado. O principal interesse da burguesia, à época, era a de estabelecer limites ao exercício do poder político, razão pela qual só haveria intromissão na liberdade e na propriedade dos indivíduos mediante lei aprovada pelos representantes do povo. O princípio da legalidade acabou, assim, por constituir um critério de identificação do direito: o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência legislativa.

Solidário a essa concepção, o positivismo jurídico foi responsável pelo enraizamento das concepções liberais e do princípio da legalidade entre os juristas.

[3] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Ao resumir o objeto do Direito à lei, o positivismo delimitou a atividade dos juristas à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, pois sua análise se restringia à validade da lei que decorria apenas do procedimento estabelecido para a sua criação. Atualmente, a doutrina – dentre muitos autores, menciona-se Himma[4], Marmor[5] e, no Brasil, Juliano Maranhão[6] – sintetiza[7] as principais lições do positivismo jurídico em três teses: a tese do fato social, a tese da convencionalidade e a tese da separabilidade. A tese do fato social indica que o Direito é uma criação social e que, por escolha da comunidade, esse poder foi essencialmente delegado ao Legislativo. A tese da convencionalidade do positivismo que acompanhava o Estado Liberal significava que, por convenção daqueles que aplicam o Direito (os juristas), há objetividade em identificar a legislação com o Direito. A tese da separabilidade fechava o raciocínio, ao delimitar o campo do Direito em separado da Moral, da Justiça, ou de outras ciências sociais. Ao restringir o objeto do Direito à lei, eliminar a moral e conceber o fundamento de validade último do Direito em um fato social, o positivismo demarcou a "província do Direito", nos dizeres de Austin[8].

Daniel Mitidiero[9] também observa dois importantes aspectos sobre a aplicação do Direito pelo positivismo. O positivismo clássico propõe uma interpretação puramente cognitiva, voltada para a declaração do significado correto da norma; além disso, a aplicação da norma ao caso era vista como uma atividade meramente dedutiva. Deste modo, a atividade judicial nada mais era que a aplicação, cognitivo-dedutiva, da norma previamente estabelecida pelo legislador ao caso concreto.

---

[4] HIMMA, Kenneth.Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 125-165.

[5] MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 104-124.

[6] MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

[7] Cabe, também, ressaltar a importância de obra que apresenta a posição de diversos autores contemporâneos: MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

[8] AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined; and, The Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. O original é de 1832.

[9] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Evidentemente, se essa era a proposta do Estado Liberal e do positivismo jurídico, as primeiras concepções de jurisdição – e de processo civil, por consequência – explicavam o Judiciário como espaço em que se realizava uma atividade simples: conhecimento da norma preexistente (tese da convencionalidade) e aplicação diante de um caso concreto (cognição-dedução). Assim, o juiz não realizava nenhum juízo de valor (tese da separabilidade) ao decidir o caso.

Apesar de o Estado Liberal e o positivismo clássico terem delimitado muito bem suas escolhas fundamentais, o tempo revelou algumas imperfeições das teorias e exigiu uma mudança de postura do próprio Estado. Quanto às imperfeições, nas palavras de Mitidiero, melhor falar em dupla indeterminação do direito[10]. Com o respaldo de Guastini[11] e de Humberto Ávila[12], o processualista tem apontado que texto e norma são distintos e essa cisão gera uma barreira intransponível para o positivismo clássico. Isso ocorre porque os textos em que são vazados os dispositivos elaborados pelo Poder Legislativo são equívocos e as normas (comandos ou regras que decorrem dos textos) são vagas.

A equivocidade foi demonstrada no momento em que a filosofia da linguagem encontrou o positivismo jurídico – essencialmente, com Hart, em O Conceito de Direito, de 1961[13]. Os enunciados da lei são ambíguos, complexos, pois podem apresentar mais de um significado, exprimir mais de uma norma, ou apresentar outros aspectos que dependem de interpretação. Ao depender de interpretação, é necessário reconhecer que mesmo a lei depende de individualização, valoração e escolhas entre as opções de significado; somente após essa atividade é que do texto se pode extrair uma norma.

Mesmo superada a equivocidade, as normas possuem uma peculiaridade, pois são vagas. Isso significa que não é possível antecipar exatamente quais são os casos que entram no seu âmbito de aplicação. As normas possuem textura aberta e geram zonas de penumbra que devem ser reduzidas na medida em que são aplicadas caso a caso.

[10] MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
[11] GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
[12] ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
[13] HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Para responder a essas críticas, o positivismo recorreu à tese da discricionariedade, pela qual se admitia que o juiz era a autoridade competente para realizar essa atividade de interpretação. Ao fazê-lo, porém, abriu espaço para uma crítica que alteraria essa escola de pensamento na segunda metade do século XX. Há, porém, outro aspecto que contribuiu para esse movimento que deve ser considerado previamente.

As guerras e as crises econômicas experimentadas pelos estados no início do século XX provocaram uma alteração substancial no exercício do poder político. A própria filosofia liberal é atenuada diante da necessidade de reconstrução da sociedade. O Estado passa a reconhecer a si próprio deveres positivos a serem prestados à população. A justiça volta a ser um tema relevante, de modo que a simples validade da lei deixa de ser suficiente, pelo que se busca uma substância maior para o próprio Direito, abandonando a concepção absolutamente formal que o precedia. A opção dos Estados, nesse momento, foi a de incluir esses novos valores não apenas na lei, mas em uma posição superior: as Constituições. As Constituições passaram a ser vistas como fundamento para o controle da lei, tornaram-se rígidas, pois não mais poderiam ser alteradas de acordo com a vontade simples do Legislativo. Além disso, pela relevância que assumiram, tiveram reconhecida sua plena eficácia normativa. A lei, no século XX, perdeu a posição de supremacia que tinha até então, cedendo esse posto para a Constituição. O "princípio da legalidade" assume nova roupagem, significando conformação da lei à Constituição e com os direitos fundamentais.

Estado Constitucional, portanto, é o modelo de Estado que reconhece na sua Constituição os princípios fundamentais que regem sua atividade. Esses princípios vão muito além do simples funcionamento da máquina estatal. Há princípios que se voltam, por exemplo, para os objetivos fundamentais do Estado, e outros que estabelecem o conjunto de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade. Isto impõe ao jurista uma mudança de posicionamento: se sua função era apenas descrever a lei, hoje seu papel é, no mínimo, compreender a lei à luz da Constituição. A lei não é mais objeto, mas componente que leva à construção da norma jurídica, vista não como texto legal, mas como o significado de sua interpretação. O jurista não apenas descreve, mas projeta uma imagem a partir da lei

e da Constituição. Sua tarefa é de reconstrução. Evidentemente, o Estado Constitucional provocou uma mudança de postura da doutrina tanto no direito material quanto na compreensão do direito processual. Foi essa perspectiva que Luiz Guilherme Marinoni[14] empregou para compreender diversos conceitos do processo à luz da Constituição.[15] Para tanto, porém, é preciso compreender outros elementos ligados ao tema do Estado Constitucional. Passa-se, por ora, à análise do neoconstitucionalismo e, em uma visão mais ampla, do pós-positivismo.

2.2 As escolas de pensamento jurídico do Estado Constitucional: neoconstitucionalismo e pós-positivismo

Marinoni atribuía ao neoconstitucionalismo o manancial teórico que abria a senda para as suas propostas. Ao partir da conformação do Estado Constitucional, ele acrescentava que a plena eficácia normativa dos dispositivos constitucionais deveria conferir unidade e harmonia ao sistema jurídico, não dando alternativas ao juiz e ao jurista senão colocar a lei em sua perspectiva. Dizia, então, que as normas constitucionais eram vinculantes à interpretação das leis. Esse neoconstitucionalismo exigia a compreensão crítica da lei em face da Constituição, de modo que a atividade de identificar a norma, como resultado da interpretação, poderia ser entendida como a atividade de "conformar a lei".

A expressão "neoconstitucionalismo" é atribuída a Susanna Pozzolo[16], que cunhou o termo para se referir a algumas especificidades que vinham sendo destacadas por filósofos e juristas a respeito da interpretação constitucional. Ocorre que a proposta teórica desses autores, embora muitas vezes partam do direito constitucional, acaba por ser incorporada por todo o Direito. Seja a distinção entre regras e princípios, seja a proposta de Direito como um conceito interpretativo de

[14] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
[15] A indicação de 2006 é referência à primeira edição da obra. As demais referências a esse texto tem como base versão mais atual, exceto quando expressamente indicado: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
[16] Indica-se texto da autora traduzido para o português: POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 7, jan./jun. 2006, p. 231-253.

Dworkin[17], ou a de um Direito dúctil ou maleável, de Zagrebelsky[18], nenhuma delas se restringe (ou deve se restringir) ao direito constitucional. Ou melhor, todas reconhecem o valor e a hierarquia da Constituição, mas são propostas de compreensão do Direito como um todo. Tanto o é que, dos autores apontados por Pozzolo como neoconstitucionalistas, tais como Robert Alexy, o próprio Zagrebelski e Carlos Santiago Nino, nenhum incorporou a denominação que havia sido utilizada. Ao contrário, a expressão que se reputa mais adequada para designar a proposta teórica aqui mencionada, e que tem sido mais acolhida internacionalmente, é o pós-positivismo. Atualmente, Marinoni, Arenhart e Mitidiero[19] passaram a utilizar essa denominação.

É bem verdade que pós-positivismo também é uma expressão criticada, mas o fato é que, seja por neoconstitucionalismo, seja por pós-positivismo, essas expressões procuram designar as alterações pelas quais o Direito passou, especialmente na segunda metade do século XX. Ao reconhecer a equivocidade e a vagueza dos textos e das normas, e na medida em que o próprio Estado passou a utilizar expressões cada vez mais amplas para designar direitos e deveres – como se verifica no rol de direitos fundamentais de inúmeras Constituições – a ciência jurídica se viu compelida a desenvolver esquemas argumentativos e interpretativos para atender a essas novidades.

Em comum, as propostas neoconstitucionalistas ou pós-positivistas passaram a reconhecer que o Direito não poderia mais ser descrito como um arcabouço de regras cujo conteúdo seria meramente identificado e declarado pelos juízes ao julgar os casos. Ao contrário, a Teoria do Direito retirou o juiz de um papel secundário e alçou-o ao centro das preocupações e nesse movimento passou a se importar diretamente com a argumentação jurídica, com a fundamentação das decisões e com o conteúdo normativo dos textos jurídicos. A guinada pós-positivista provocou a revisão de diversos institutos jurídicos, deu maior relevância ao Poder Judiciário, pois aumentou o âmbito de atuação das cortes, e majorou as expectativas com relação ao que pode ser obtido a partir do Direito.

---

[17] DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
[18] ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Torino: Einaudi, 1992.
[19] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 52.

Esse movimento foi recepcionado no Brasil por um de seus elementos mais sintomáticos: a proposta de distinção de normas entre regras e princípios. A doutrina costuma atribuir a distinção entre regras e princípios a dois autores: Ronald Dworkin[20] e Robert Alexy[21]. Em comum, o que pode ser dito a esse respeito sobre os dois autores é a ideia de que as regras são ou não são aplicáveis, esgotando-se em si mesmas. Os princípios, por sua vez, revelam valores ou critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação do ordenamento jurídico diante das situações concretas. Ocorre, porém, que Dworkin alterou o objeto de sua crítica em trabalhos posteriores. Coube a Alexy o desenvolvimento do tema a partir dessa ideia originária. É com base nele que esta exposição segue nos próximos parágrafos.

Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As regras são normas que podem ser cumpridas ou não, porque, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. As regras são aplicáveis ao caso ou não, o que significa que o âmbito fático determina sua incidência; os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas. As regras incidem, normalmente, uma a uma diante de determinadas situações fáticas. Os princípios, ao contrário, orbitam em torno das situações jurídicas e convivem com os demais princípios, às vezes em harmonia, às vezes em colisão.

Isto leva Alexy a afirmar que a realização dos princípios deve buscar a maximização dos efeitos, mas também depende das possibilidades jurídicas e fáticas, que são condicionadas pelos princípios opostos. Nessa linha, o autor propõe a consideração do peso dos princípios em colisão, em avaliação que só pode ser feita perante o caso concreto.

Os princípios assumem importância nos casos de controle de constitucionalidade da lei, de dúvida interpretativa e de ausência de regra. Mas os princípios não têm apenas função acessória: eles são razões para juízos concretos de dever ser. A partir do momento em que se projetam sobre a realidade, eles servem

[20] DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
[21] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. O original, em alemão, data de 1985.

de fundamento para normas específicas que orientam concretamente a ação, seja num sentido positivo (prestações fáticas ou jurídicas), seja num sentido negativo (omissão). No âmbito da relação entre a Constituição e a lei, isso significa que os princípios, de um lado, impõem aos legisladores deveres de produção de normas jurídicas e, de outro, imunizam determinadas posições jurídicas do alcance da atuação da lei.

Diante da possibilidade de colisão entre princípios, Alexy desenvolveu renomada técnica de solução para tais questões. Propõe, para tanto, a técnica da proporcionalidade, a qual se divide em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). A análise da adequação é a atividade de identificar quais princípios e quais medidas contribuem para o alcance do fim desejado. Feita a análise da adequação, passa-se a da necessidade, a qual consiste em verificar se, dentre todas as medidas disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, a proposta é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos. Ou seja, a necessidade exige verificar a existência, ou inexistência de outro meio menos gravoso, de modo que determinado meio somente é necessário se não há outro menos restritivo.

Para além da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade, para Alexy, comporta, ainda, uma terceira subdivisão: "a proporcionalidade em sentido estrito" ou "ponderação" que corresponde, metaforicamente, a colocar os princípios colisos em uma balança para verificar qual deles é realmente importante na situação analisada. A ponderação, portanto, tem como pressuposto que as normas a serem ponderadas possuam estrutura de princípios. Isso implicar verificar que se trata de dimensão totalmente diversa do trato com as regras, que são ou não aplicáveis. Recorde-se que, no conflito de regras, uma elimina a outra, enquanto na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro naquele dado momento e para aquele caso concreto.

Como mencionado, Dworkin[22] abandonou a distinção entre regras e princípios, mas o fez porque, para ele, a distinção perdeu o sentido na medida em que todo o Direito passou a ser visto como um conceito interpretativo. Para ele, nem as regras

[22] DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

se aplicam pela regra do tudo ou nada, tendo em vista que devem ser interpretadas à luz do Direito compreendido em sua integridade. MacCormick[23], na sua teoria institucionalista do Direito, adota posicionamento semelhante, admitindo a distinção entre regras e princípios, mas reconhecendo que qualquer regra pode ser derrotada mediante argumentos jurídicos relevantes.

Tudo isso indica que a compreensão do Direito como a teoria contemporânea propõe implica ruptura com o Estado Liberal, com o positivismo clássico e com a noção de Direito como mero sistema de normas.

Fosse essa apenas uma proposta teórica, não haveria como compreender todos os seus efeitos. É que as Constituições que seguiram os eventos históricos da primeira metade do século XX, especialmente a Segunda Guerra Mundial, instituíram normas cujo conteúdo é de condições materiais de justiça. Esses dispositivos contêm aspirações éticas e políticas, muitas vezes redigidos em fórmulas não precisas, e por isso costumam ser vistos sob a rubrica de princípios. Esses princípios que revelam as opções fundamentais do Estado e que devem ser observados a todo momento costumam ser denominados de "direitos fundamentais". O Estado Constitucional pressupõe que essas normas tenham eficácia imediata e que devem conformar a legislação infraconstitucional. Isso só pode ser feito com o auxílio da jurisdição, mediante a atividade de interpretação e de compreensão do "modo de ser" das demais normas do ordenamento jurídico.

3 Processo civil e direitos fundamentais

É preciso, neste momento, tratar propriamente dos direitos fundamentais. Vale, porém, uma breve retomada. Viu-se até aqui que o Estado Constitucional é marcado pela rigidez da Constituição, pela eficácia plena das suas normas, pela função unificadora da Constituição, pela subordinação da lei às normas constitucionais e pelo papel interpretativo da Constituição sobre todo o Direito. Os direitos fundamentais são o principal resultado dessa opção teórica e refletem a escolha dos Estados por um grupo de direitos que servem tanto para o controle das

[23] MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

atividades do Poder Público, quanto para conferir à sociedade meios imprescindíveis ao seu desenvolvimento, a proteger os direitos de um particular contra o outro (a Administração Pública ou outro particular) e para estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos. Esses direitos podem assumir as feições de direitos à prestações, direitos à proteção ou defesa, e direitos à participação[24].

Os direitos fundamentais recebem essa qualificação porque repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. A fundamentalidade significa, em síntese, a opção prévia do Estado pela imprescindibilidade e pela necessária observância de tais direitos[25]. Esses direitos têm aplicação imediata e não podem ser removidos, pois são cláusulas pétreas. O ideal, inclusive, é que sejam atendidos na máxima perspectiva possível.

A doutrina costuma afirmar que os direitos fundamentais se conformam a partir de dois critérios[26]. De um lado, há o critério formal, pelo qual todo direito previsto sob o Título II, da Constituição brasileira, deve ser considerado fundamental. No entanto, a relação dos arts. 5º e seguintes não é exclusiva, de modo que outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição podem ser considerados fundamentais, o que revela um critério material. Note-se, portanto, que a própria configuração dos direitos fundamentais é, por si só, um conceito que depende de interpretação. Isso reforça o que se disse até aqui e reafirma a relevância da discussão.

Afirma-se, ainda, a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Com isso, deseja-se realçar que as normas que estabelecem direitos fundamentais, embora possam gerar direitos subjetivos, também fundam elementos normativos mínimos, orientadores de todo o ordenamento jurídico. As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e

---

[24] CHUEIRI, Vera Karam de *et al*. **Fundamentos de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 329.
[25] ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.
[26] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2017.

executivos. Assim, implicam valoração de ordem objetiva. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espraia-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico.

Nessa linha objetiva, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que essa não pode ser dissociada de tais direitos. Além disso, uma importante consequência da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção, relativo à separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permite que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas e fáticas, ou seja, por meio de normas e por ações concretas. A norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, além de tratar das relações entre os sujeitos privados e o Estado, regula as relações que se travam apenas entre os particulares. Nessa última perspectiva pensa-se na eficácia dos direitos fundamentais sobre os particulares.

Evidentemente, os direitos fundamentais também possuem uma dimensão subjetiva, na medida em que podem ser invocados como direitos, individuais ou coletivos, pelos indivíduos.

Mais do que dimensões, os direitos fundamentais também possuem diferentes eficácias. A doutrina aponta pelo menos duas: vertical e horizontal[27]. É que os direitos fundamentais produzem efeitos quando considerados em relação ao Poder Público (eficácia vertical) e em relação a particulares (horizontal). A eficácia vertical impõe direitos e deveres sobre o Poder Público, e por consequência ao legislador, ao administrador e ao juiz. A eficácia horizontal ou privada se verifica na relação entre particulares.

Assim, os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo juiz, porque incidem sobre ele verticalmente (e diretamente). Contudo, quando o juiz dá tutela ao direito fundamental não protegido pelo legislador ou pelo administrador, a sua decisão repercute sobre os particulares, quando então não há que se pensar em

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

eficácia vertical, mas em eficácia horizontal mediada pela decisão jurisdicional, isto é, em eficácia horizontal mediata[28].

A eficácia horizontal mediata não pode ser confundida com a eficácia direta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva sobre o juiz. Esse direito fundamental incide sobre a jurisdição, diretamente, pois objetiva conformar o seu próprio modo de atuação. Assim, os direitos fundamentais processuais são dirigidos a vincular o próprio procedimento estatal. Os direitos fundamentais processuais se destinam unicamente a regular o modo com que se dará o proceder estatal e, por isso, sua única eficácia é sobre o Estado. No entanto, o conteúdo da decisão jurisdicional incide sobre os particulares, ou melhor, o direito fundamental processual se projeta sobre os indivíduos. Trata-se de eficácia de direito fundamental sobre os particulares, mediada pelo juiz, mas com uma peculiaridade: não há verdadeira eficácia horizontal; o que existe é eficácia vertical derivada, uma vez que o juiz tem o dever de proteção dos direitos materiais.

Aqui, compreende-se a contribuição de Marinoni[29]: o direito fundamental à tutela jurisdicional incide direta e imediatamente sobre o Estado, mas seu conteúdo não está voltado apenas à tutela dos direitos fundamentais. Cabe ao Estado garantir a efetiva tutela de quaisquer direitos, ou melhor, de todos os direitos. O direito fundamental à tutela jurisdicional também recai indireta ou lateralmente sobre os particulares, por conta da utilização das técnicas processuais necessárias para a proteção dos direitos. Essa eficácia vertical com repercussão lateral é própria dos direitos fundamentais processuais, pois demandam do Estado a prestação de deveres que eventualmente afetam os demais.

Quando o juiz não encontra uma técnica processual adequada à tutela do direito, e assim se pode falar em omissão de regra processual, ele deverá suprir a insuficiência com os olhos nas exigências do direito material que reclama proteção. Os contornos da prestação devida pelo Estado, nesses casos, serão definidos à luz do direito material do particular que reivindica proteção. Cabe ao processo definir o modo pelo qual a intervenção ocorrerá na esfera jurídica do particular para preservar

[28] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86 e ss.
[29] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

o direito reclamado. O que pode ocorrer é de haver dúvida entre dois ou mais meios aptos a satisfazer o direito tutelado. A proposta doutrinária é a de escolher, na esteira da proporcionalidade, o meio que acarreta um prejuízo menor ao particular. Se existem duas formas possíveis pelas quais o Estado pode onerar um particular, alcançando mediante todas elas o mesmo benefício, a forma não arbitrária de oneração, dentre as vias igualmente idôneas, é aquela que impõe o menor dano à esfera jurídica do particular. Os testes estão nos planos, portanto, da adequação e da necessidade.

Vê-se, de todo modo, que os direitos fundamentais incidem sobre o direito processual e demandam do Poder Público como um todo um conjunto de prestações e de deveres. É possível ir ainda mais longe, considerando outras aplicabilidades da proporcionalidade perante o direito processual civil.

3.1 Regra da proporcionalidade e processo civil

Como se disse, o Estado Constitucional pressupõe que a lei deva ser interpretada de acordo com a Constituição. Muitas vezes, para fazê-lo, o juiz deve encontrar mais de uma solução e escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. Mais do que o controle de constitucionalidade, o juiz exerce a interpretação de acordo a fim de encontrar a interpretação mais adequada perante a Constituição [30] . Além disso, pode o juiz salvar determinado dispositivo da inconstitucionalidade a partir da interpretação conforme, ou seja, uma técnica de preservação do texto de modo a excluir a interpretação inconstitucional[31]. Em outros casos, há direitos fundamentais que incidem sobre o caso ao mesmo tempo, o que pode gerar uma colisão, e isso pressupõe uma solução pela via da proporcionalidade que, aliás, foi alçada à norma fundamental do processo civil, por força do art. 8º, do CPC 15.

[30] MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
[31] KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. **Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição**: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: Belo Horizonte: Initia Via, 2014. v. 2. p. 156-170.

Nesse sentido, os princípios e os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para a interpretação de acordo, para a não aplicação da lei inconstitucional, para a preservação da norma mediante a definição da interpretação constitucional conforme, para a preservação da norma mediante a declaração da constitucionalidade da sua aplicação em outras situações, que não a impugnada, para a geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer, e para a proteção de um direito fundamental diante de outro.

Em todas essas atividades, a aplicação do Direito envolve conformação da lei à Constituição. Seja pela interpretação de acordo, seja pela interpretação conforme, seja pela supressão de omissão inconstitucional, o exercício da jurisdição atua para conformar a legislação às normas constitucionais e, especialmente, aos direitos fundamentais. Para Marinoni[32], o juiz opera uma reconstrução da ordem jurídica ao outorgar um significado aos textos da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Quando se verifica uma colisão entre direitos fundamentais, o juiz deve ir ainda além. Não é correto afirmar que, nesses casos, o juiz soluciona o caso em conformidade com a Constituição; na verdade, o que ocorre é a utilização de uma ferramenta normativa específica – para Humberto Ávila[33], um postulado ou uma metanorma – que soluciona um conflito concreto e contingente entre dois direitos fundamentais: a proporcionalidade. Lembre-se que a proporcionalidade possui três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nessa linha, diversas situações jurídicas processuais são resolvidas sob esse aspecto.

Na tutela de urgência, por exemplo, há uma colisão de direitos fundamentais na medida em que o autor pleiteia uma medida e pretende obter a decisão sem que o requerido seja ouvido. A urgência, nesse âmbito, justifica o diferimento do exercício do contraditório, tendo em vista que a antecipação muitas vezes é a única medida adequada e necessária para a proteção do direito do autor. A defesa do réu será exercida a posteriori, preservando-se os direitos fundamentais, mas em operação

[32] MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
[33] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

que organiza o ônus do tempo do processo perante uma situação previamente desproporcional.

Outra oportunidade em que a proporcionalidade costuma ser invocada é na discussão sobre as provas ilícitas. Via de regra, não se admitem provas ilícitas no direito processual civil brasileiro. No entanto, não se deve olvidar que, algumas vezes, a prova ilícita tem o objetivo de proteger outros direitos fundamentais, ou devem ser compreendidas frente ao direito à tutela jurisdicional efetiva. Essas contraposições fizeram com que a jurisprudência desenvolvesse ao menos duas hipóteses em que a prova ilícita é admitida, com fundamento na proporcionalidade. São elas, não é ilícita a prova cuja derivação é mediata, ou seja, deve haver nexo causal entre a prova ilícita originária e as demais; a prova seria obtida de qualquer forma (*inevitable discovery*), ou seja, a ilicitude da primeira não fulmina a segunda porque havia meios disponíveis e independentes para sua produção.

3.2 Dever de conformação legislativa e judicial do processo civil à luz dos direitos fundamentais

O Estado Constitucional demanda do próprio Estado a proteção efetiva e a prestação de direitos. Quando aplicado esse raciocínio ao Poder Judiciário, tem-se que o juiz deve conformar a lei à Constituição ou, até mesmo, desenvolver a resposta jurídica adequada em caso de omissão legislativa. O que interessa saber, por fim, é como o juiz opera essa reconstrução interpretativa de uma norma jurídica para o caso concreto quando a norma geral não existe ou é incompatível com os princípios e com os direitos fundamentais. Evidentemente, o Judiciário não se confunde com o Legislativo, pois atua em conformidade com a tarefa que o constitucionalismo contemporâneo lhe impôs: a de prestar efetiva proteção aos direitos. O juiz não cria norma como faz o Legislativo, pois a decisão judicial apenas zela para que os direitos sejam tutelados de acordo com a Constituição. Isto faz com que se perceba, atualmente, a importância da discussão a respeito dos precedentes, na medida em que o papel de desenvolvimento dos tribunais colabora para a segurança jurídica sem, no entanto, interferir na repartição de competências entre as funções do Estado.

Tudo isso levou o próprio legislador a mudar sua postura perante o Judiciário. O legislador, não mais vestido do ideal iluminista e liberal, tem optado por conferir às partes e aos juízes uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de direito material e com as realizadas concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. A partir disso, o legislador criou institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, e também a fixar normas processuais abertas. Essas normas aberas decorrem da aceitação da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos.

A lei processual não pode antever todas as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que essas não apenas se transformam diariamente, mas igualmente assumem contornos variados conforme os casos concretos. As normas processuais abertas são destinadas ao jurisdicionado e ao juiz para que possam identificar, dentro de uma moldura, qual dos instrumentos processuais é o mais adequado à tutela do direito e da situação jurídica concreta. A contraprova das normas processuais abertas reside na outorga ao juiz do dever de demonstrar a idoneidade do seu uso, tendo em vista a necessidade de se legitimar o exercício da autoridade. Novamente, entra em cena a proporcionalidade.

Exemplo contemporâneo dessa questão é a possibilidade de aplicação do art. 139, IV, para a execução de toda sorte de direito material[34]. Seja para a tutela inibitória, ressarcitória, de adimplemento na forma específica ou até mesmo para o pagamento de quantia, o Código de Processo Civil admite que o juiz adote as medidas necessárias para o cumprimento da ordem. Evidentemente, o limite desse dispositivo é o racional e o razoável, a partir de um juízo de proporcionalidade. Esse controle deve ser feito, mais especificamente, a partir do critério da necessidade, pois o meio executivo deve ser idôneo e causar a menor restrição possível.

[34] BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Em outros termos: pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela jurisdicional, exige-se dele, por consequência, a adequada justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz. Na justificativa o juiz deve dizer a razão pela qual preferiu uma determinada técnica processual ou modalidade de execução, e não outra. Nessa justificativa, ele deve esclarecer a adequação da medida e sua necessidade, eventualmente contrapondo outras soluções que causariam maior dano ao requerido.

Algo semelhante ocorre quando ausente regra ou técnica processual. As omissões podem ser suprimidas quando se tem consciência de que a técnica processual depende apenas da individualização das necessidades do caso concreto. Assim, por exemplo, mesmo havendo previsão expressa das técnicas processuais idôneas para a prestação de tutela de pagamento de soma em dinheiro, uma medida que vise antecipar o pagamento desta soma em dinheiro não pode utilizar as vias tradicionais de penhora, avaliação e alienação de bens, pois a urgência restaria desatendida. Pode o juiz, a depender da situação concreta, utilizar-se da multa, por exemplo, para conferir maior tempestividade e efetividade à efetivação de suas decisões. O que deve ser evidenciado é que a falta de técnica processual deve ser suprida com base no direito fundamental. Se o juiz se deparar com ausência de previsão de modalidade executiva idônea, pode suprir essa omissão considerando as circunstâncias do caso concreto e a regra da necessidade, precisamente em nome do controle da insuficiência de tutela normativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Este tópico procurou demonstrar que processo civil e direitos fundamentais possuem uma relação direta, na medida em que há um dever do direito processual em tutelar os direitos fundamentais. Os próximos itens desenvolverão o argumento adicional de que a relação com os direitos fundamentais provocou outras modificações na concepção de processo e na sua interpretação. Para tanto, serão apresentados dois pontos: as normas fundamentais do processo civil e a dupla função do processo civil.

4 Normas fundamentais do processo civil[35]

No Direito Constitucional, discute-se se os direitos fundamentais têm caráter absoluto ou se possuem restringibilidade excepcional[36]. A divergência tem origem jusnaturalista, quando se sustentava que os direitos fundamentais têm o máximo de hierarquia e que não toleram restrições. Apesar da força do argumento, com o tempo notou-se que os direitos fundamentais não são absolutos, mas admitem excepcionalidades, como qualquer outra norma, mas em caráter muito reduzido. Isso leva a doutrina a sugerir que essa característica seja denominada de restringibilidade excepcional[37]. Vale dizer, portanto, que as normas fundamentais do processo devem ser aplicadas com caráter absoluto, admitidas algumas hipóteses de exceção. O próprio Código faz esse raciocínio, por exemplo, quando exige a manifestação prévia da parte antes de uma decisão desfavorável: esta previsão não vale para casos de tutela de urgência.

Também se sustenta, no âmbito constitucional, que os direitos fundamentais possuem as características de indivisibilidade, harmonização e complementaridade. Em síntese, esse conjunto significa que cada direito fundamental constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar mas que, ao mesmo tempo, não se pode aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais – eles existem em conjunto e assim devem ser compreendidos. Se um deles tiver de ceder, isto deve ser feito por uma das técnicas de harmonização, como a ponderação. A ideia de complementaridade pressupõe que os direitos fundamentais podem e devem ser interpretados em conjunto. Assim, a boa-fé e a cooperação processual podem ser compreendidas em conjunto para a apreciação de determinadas situações jurídicas processuais.

Uma terceira característica que pode ser considerada é a ideia de projeção positiva, também chamada de postulado de maximização ou de efetividade. Tem-se,

---

[35] Os argumentos desenvolvidos nesse item partem de ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 157-178, 2016.

[36] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

[37] ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.

em síntese, que se deve extrair o máximo de conteúdo possível dos direitos e realizar tudo o que possam oferecer. Nesse sentido, o contraditório deve ser observado a todo momento do processo, com todas as garantias constitucionais e as previstas pelo art. 7º do Código de Processo Civil.

Outro viés para o tratamento da característica de maximização é a ótica da vedação ao retrocesso. Os direitos fundamentais não podem ser abandonados nem diminuídos, de modo que não se pode retroagir para um entendimento menos protetivo ou mais restrito. Essa ideia também se aplica no âmbito do direito processual civil. Um possível exemplo é a vedação às decisões surpresa, na medida em que a necessidade de manifestação das partes seja cada vez mais incentivada, mesmo nas matérias de ordem pública, sem que se admitam entendimentos que reduzam a estensão desse direito. Porém, é evidente que a maximização dos efeitos não se confunde nem deturpa a noção de restringibilidade excepcional. A excepcionalidade de uma norma é algo distinto da redução de seu âmbito de aplicação.

A noção de aplicabilidade imediata também é relevante para o direito processual civil. Na doutrina constitucional, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme a redação do art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Visto de outra forma, quer isto dizer que as normas fundamentais não dependem de previsão legal específica que lhes dê vigência, mas, ao contrário, elas valem pela simples previsão constitucional. No Código de Processo Civil, esse raciocínio pode ser aplicado para as normas fundamentais. Cogitou-se, inclusive, da vigência desses dispositivos no período de *vacatio legis*, tamanha a relevância das normas.

Diante do exposto, tem-se que as normas fundamentais do processo civil contêm algumas das características dos direitos fundamentais, pois dão sentido ao conjunto de regras que forma o sistema processual contemporâneo e orientam a interpretação dos dispositivos do próprio Código. Desse modo, pode-se dizer que essas normas possuem uma face normativa, pois determinam o que o direito processual civil deve ser. Nessa esteira, há diversas posições doutrinárias já consolidadas.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero[38], as normas fundamentais são "eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado". Jorge de Oliveira Vargas[39], por sua vez, afirma que as normas fundamentais "orientam a interpretação das leis e traçam os rumos, os objetivos que a nossa sociedade pretende alcançar". Por fim, deve-se atentar à voz de Fredie Didier Jr.[40], para quem as normas fundamentais formam um "postulado hermenêutico de unidade do Código".

Nota-se que as lições citadas têm em comum o reconhecimento de que as normas fundamentais possuem uma função de hermenêutica, interpretativa, direcionada ao próprio Código. É justamente neste sentido que se afirma, portanto, que se trata de um conjunto com objetivo normativo de estabelecer ordem e coerência na interpretação da lei, ao mesmo tempo em que aponta os melhores princípios e caminhos para que o Código seja aplicado. Os parágrafos abaixo apresentam, sinteticamente, tais normas fundamentais.

A primeira norma a ser destacada é, não por acaso, a do artigo 1º do Código de Processo Civil: "[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição". Esta norma, que pode até parecer desnecessária, merece ser destacada pela seguinte razão: a CRFB/88 não é uma constituição procedimentalista; ao contrário, é carta que prioriza a fundação de direitos fundamentais, dentre os quais a grande maioria são direitos de cunho material. Mais do que isso, até mesmo os direitos fundamentais processuais priorizam conteúdo em detrimento da forma. Ou seja, o processo civil deve visar, sempre que possível, à tutela dos direitos fundamentais.

O artigo 2º do Código de Processo Civil dispõe que "[o] processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei". Tem-se, nesta norma, dois princípios. De um lado, o princípio dispositivo[41], pelo qual o processo só se inicia mediante requerimento da parte. Vale dizer, nessa

---

[38] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90

[39] VARGAS, Jorge de Oliveira. Normas fundamentais do processo civil. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

[40] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 152.

[41] RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

linha, que é a parte que estabelece os limites do processo, por meio dos pedidos formulados na petição inicial. Em outras palavras, o autor "dispõe" do processo – daí princípio dispositivo. Por outro lado, uma vez distribuída a petição inicial e iniciado o processo, cabe ao Poder Judiciário movimentar o processo, principalmente por meio da atuação do juiz, o que é chamado de impulso oficial.

O artigo 3º afirma que não "se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito", repetindo outra norma constitucional (artigo 5º, inc. XXXV, da CRFB/88). O elemento mais importante da referida norma é a abertura do direito brasileiro ao Poder Judiciário, ou o chamado acesso à justiça. Ao admitirem casos em que se aponta lesão ou ameaça a direito, a Constituição e o Código de Processo Civil abrem as portas dos tribunais para o jurisdicionado, inclusive para o tratamento de situações jurídicas ainda sem dano configurado, o que era inconcebível para o procedimento comum clássico[42].

Já o artigo 4º, do Código de Processo Civil, assim dispõe: "[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". O código consagra, nesta oportunidade, a primazia do julgamento de mérito e do resultado útil do processo. Este tópico tem evidente teor normativo, na medida em que a proposta do código é indicar a importância de que os feitos tenham o mérito julgado[43].

O artigo 5º exige que todos que participam do processo devem se comportar de acordo com a boa-fé. O artigo 6º complementa essa ideia com a proposta de cooperação entre os sujeitos do processo para obtenção de decisão justa e efetiva, em tempo razoável. Em conjunto, esses dois dispositivos propõe uma alteração da postura a ser adotada pelas partes. Ao invés de encarar o processo como conflito, a ideia é que os sujeitos do processo cooperem para buscar a melhor decisão para o caso, sem a utilização de artifícios ou ilegalidades. Não se trata de negar que há embate de teses e ideias em um processo, mas de reforçar a noção de que a

[42] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
[43] CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, 2015, p. 42-50.

discussão deve ocorrer em termos pacíficos e razoáveis[44].

O art. 7º consagra o princípio do contraditório. Trata-se de garantia constitucional prevista no artigo 5.o, LV, da Constituição Federal: "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". Reconhecendo a importância do contraditório – não apenas para evitar decisões surpresa, mas para aumentar a margem de influência das partes sobre o juiz e contribuir para a completude das decisões judiciais – a novidade do Código de Processo Civil consiste na ampliação desse contraditório, notadamente em face do modelo cooperativo de processo adotado, que traz direitos e deveres às partes. Nessa mesma linha, acrescem-se as normas dos artigos 9º e 10º, que merecem ser lidos conjuntamente[45].

O artigo 9º do Código dispõe que "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". Não se trata de garantia absoluta, de modo que, em casos específicos e predeterminados, o momento de exercício pode ser postergado ou mitigado em face de outros valores em questão. Assim, o parágrafo único do mesmo artigo prevê a inaplicabilidade da regra do contraditório prévio nas hipóteses de (i) tutela provisória de urgência; (ii) tutela da evidência prevista no artigo 311, II e III, do Código; e (iii) expedição de mandado em ação monitória (artigo 701 do NCPC). O artigo 10º do Código de Processo Civil impõe o dever de observância do contraditório para evitar as decisões surpresa[46]: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

O artigo 8º determina que ao aplicar o ordenamento jurídico, "o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a

[44] Sobre o tema, ver MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
[45] ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 157-178, 2016.
[46] DEL CLARO, Roberto Benghi. **Direção material do processo**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

legalidade, a publicidade e a eficiência". Trata-se de regra bastante ampla que orienta a interpretação do magistrado. Os princípios aqui citados são extraídos da Constituição da República Federativa do Brasil e traduzem valores do Estado brasileiro.

A norma do artigo 11 prevê que todos os julgamentos "dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". Há, portanto, dois princípios. A publicidade, que também foi destacada no referido artigo 8º, e o dever de fundamentação das decisões. Sobre este segundo ponto vale uma menção especial: logo no início desta unidade destacou-se que o processo visa legitimar o exercício de poder do Estado. A fundamentação da decisão é um dos elementos essenciais para essa legitimação. Sem a justificativa para decidir, não se tem decisão[47].

Por fim, o artigo 12, do Código de Processo Civil, traz regra que orienta os juízes a seguir a ordem cronológica de conclusão dos processos. Com isso, conclui-se o exame das normas fundamentais do processo, nos termos do próprio Código de Processo Civil. Como se vê, a maioria delas possui caráter eminentemente normativo, a fim de orientar a interpretação e a aplicação do Código de Processo Civil. É sobre este ponto (interpretação e aplicação da lei) que trata o próximo item.

5 Dupla função do processo civil

Quando se fala em dupla função, a referência que se faz é à proposta de Daniel Mitidiero[48]. O autor sustenta que o processo, ao captar as alegações das partes, processá-las e produzir decisões, gera duas espécies diferentes de resultados. De um lado, soluciona o caso; de outro, confere unidade ao direito. A proposta teórica de Mitidiero[49] é que os tribunais superiores se tornem Corte de Precedentes, seguindo sua classificação. A premissa, aqui, é a de que as decisões judiciais se revelam como normas individuais que, ao resolver conflitos, dizem como as pessoas

[47] LARA, Juliane Guiesmann; PUGLIESE, William Soares. A motivação das decisões como direito fundamental material. In: ALEXANDRE, André Demétrio *et al.* (Org.). **Interpretação da Constituição e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2019. v. 2. p. 144-159.
[48] MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 231.
[49] MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

devem se comportar diante de ameaças ou crises na realização do direito material. No entanto, as decisões geram precedentes, que podem ser considerados a "encarnação do significado da Constituição e da legislação"[50].

A proposta deste artigo não é desenvolver o tema dos precedentes nem da função dos tribunais superiores. O objetivo, aqui, é demonstrar como o processo contribui para a tutela de direitos fundamentais. Nesse sentido, a proposta de Mitidiero pode ser compreendida da seguinte forma: ao ser a única via para a formação de precedentes, o processo é o instrumento formal para a atribuição de significado ao Direito[51]. Consequentemente, confere segurança jurídica, liberdade e igualdade.

É possível acrescentar, ainda, que essa perspectiva está alinhada com a norma do art. 926, do Código de Processo Civil, a qual determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente. Ou seja, ao aplicar o direito, os tribunais devem prezar pela uniformização dos entendimentos consolidados pelos precedentes e evitar decisões dissonantes.

Como se vê, reconhecer a dupla função do processo também é medida que contribui para a efetivação e para a tutela de direitos fundamentais.

Considerações finais

O objetivo proposto para este artigo foi o de demonstrar a relação entre processo e tutela de direitos e destacar três pontos pelos quais é possível desenvolver o direito processual nessa linha: o processo como instrumento de tutela de direitos fundamentais, as normas fundamentais do processo e a dupla função do processo. No que diz respeito ao primeiro ponto, demonstrou-se que processo civil e direitos fundamentais possuem uma relação direta, na medida em que há um dever do direito processual em tutelar os direitos fundamentais. No segundo ponto apresentou-se a ideia de que as normas fundamentais do processo civil possuem caráter eminentemente normativo, a fim de orientar a interpretação e a aplicação do

[50] MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 53.
[51] PUGLIESE, William Soares A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. **Revista iberoamericana de derecho procesal**, Barcelona, v. 2, p. 333-370, 2020.

Código de Processo Civil. Consequentemente, contribuem para a tutela de direitos fundamentais. Por fim, no que toca ao terceiro ponto, teceu-se a ideia de que o processo também serve para oferecer segurança jurídica ao jurisdicionado, em virtude de sua dupla função. Vale dizer que, para além da tutela de casos individuais, o processo permite aos tribunais que desenvolvam a interpretação do Direito e definam, por meio de precedentes, o entendimento das Cortes a respeito de casos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined; and, The Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, 2015, p. 42-50.

CHUEIRI, Vera Karam de *et al*. **Fundamentos de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2021.

DEL CLARO, Roberto Benghi. **Direção material do processo**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HIMMA, Kenneth.Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 125-165.

KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. **Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição**: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: Belo Horizonte: Initia Via, 2014. v. 2. p. 156-170.

LARA, Juliane Guiesmann; PUGLIESE, William Soares. A motivação das decisões como direito fundamental material. In: ALEXANDRE, André Demétrio *et al.* (Org.). **Interpretação da Constituição e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2019. v. 2. p. 144-159.

MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 104-124.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 7, jan./jun. 2006, p. 231-253.

PUGLIESE, William Soares A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. **Revista iberoamericana de derecho procesal**, Barcelona, v. 2, p. 333-370, 2020.

RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 157-178, 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VARGAS, Jorge de Oliveira. Normas fundamentais do processo civil. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107-124.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Torino: Einaudi, 1992.