



Organização:
Ariê Scherreier Fernalda
Guilherme E. Pinto

Prefácio:
José Sérgio da Silva Cristóvam

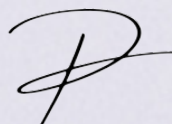
35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Perspectivas e desafios do Brasil contemporâneo

Autores(as):

Alessandra Almeida Santana
Amanda Machado de Liz
André Afonso Tavares
Angela Araujo da Silveira Espindola
Bruno Mello Corrêa de Barros Beuron
Camila Segovia Rodríguez
Daniela Richter
Dóris Ghilardi
Evaldo José Guerreiro Filho
Francisco Quintanilha Vêras Neto
Guilherme Baggio Costa
Heitor Moreira de Oliveira
Igor Guindani
Isabel Rodrigues de Meneses
João Teixeira Fernandes Jorge
Josiane Rose Petry Veronese
Juliana Horn Machado Philippi
Juliana Inês Urnau
Karla Vieira
Karyna Batista Sposato
Lara Ferrari de Castro
Leonardo Cristovam de Jesus

Letícia Lopes Borja
Lucas Luciano Kuhn
Lucieny Magalhães Machado Pereira
Luísa Tramarin Hoffmann
Luíza Cipriani
Marco Antônio César Villatore
Maria Raquel Duarte
Marina Nogueira Madruga
Miriam Cohen
Miriam Olivia Knopik Ferraz
Míriam Parmegiani da Costa
Monique Rodrigues Lopes
Nailton Souza Melo
Poliana Ribeiro dos Santos
Rafael Reis Aguiar
Rafaela dos Reis Baldissera
Raquel Dantas Pluma
Rogério Raymundo Guimarães Filho
Samara Tavares Agapto das Neves
Thales Donato
Thiago Andriago Vesely
Vitória dos Santos Rosa



PRISMA
ASSESSORIA EDITORIAL

Organizadores:

Ariê Scherreier Ferneda

Guilherme Edson Merege de Mello Cruz Pinto

Prefácio:

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

Perspectivas e Desafios do Brasil Contemporâneo

ISBN: 978-85-8328-227-3

1ª Edição

Centro de Ciências Jurídicas – CCJ/UFSC

Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD/UFSC

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

2023



Conselho Editorial:

Andréa Maria Carneiro Lobo (UNIBRASIL)
Andréia Garcia Martin (PUC/SP)
Bettieli Barboza da Silveira (UFSC)
Bruno Marques Ribeiro (USP)
Camila Salgueiro da Purificação Marques (PUC/PR)
Caroline Müller Bitencourt (UNISC)
Larissa Milkiewicz (PUC/PR)
Leonardo Simões Agapito (USP)

Organização: Ariê Scherreier Ferneda e Guilherme Edson Merege de Mello Cruz Pinto

Prefácio: José Sérgio da Silva Cristóvam

Diagramação: Prisma Assessoria Editorial

Capa: Prisma Assessoria Editorial

Contato: prismaassessoriaacademica@gmail.com

O conteúdo desta obra é de responsabilidade dos(as) autores(as) e não expressa posição técnica ou institucional dos(as) Organizadores(as), da Universidade Federal de Santa Catarina ou do Prisma Assessoria Editorial. O conteúdo de cada artigo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seus(as) respectivos(as) autores(as). Da mesma forma, o padrão ortográfico e a adequação às normas da ABNT aplicáveis são prerrogativas de cada autor(a), tendo sido feita apenas uma revisão, pelos organizadores, no que se refere à atualização do sistema de chamada autor-data nos termos da ABNT NBR 10520:2023.

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da Universidade Federal de Santa Catarina

T833 35 anos da Constituição Federal [recurso eletrônico] : perspectivas e desafios do Brasil contemporâneo / Organização, Ariê Scherreier Ferneda, Guilherme Edson Merege de Mello Cruz Pinto. – Florianópolis, 2023 442 p.

E-book (PDF)
Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
ISBN 978-85-8328-227-3

1. Brasil. Constituição (1988) – História 2. Democracia - Brasil. 3. Direitos fundamentais – Brasil. I. Ferneda, Ariê Scherreier. II. Pinto, Guilherme Edson Merege de Mello Cruz. III. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Elaborada pela bibliotecária Dirce Maris Nunes da Silva – CRB-14/333

35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: Perspectivas e Desafios do Brasil Contemporâneo by Ariê Scherreier Ferneda e Guilherme Edson Merege de Mello Cruz Pinto is licensed under **CC BY-NC-ND 4.0**.

To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

SUMÁRIO

CONSELHO EDITORIAL.....	7
PREFÁCIO	8
APRESENTAÇÃO DA OBRA.....	14
SOBRE OS ORGANIZADORES DA OBRA	20
SOBRE OS AUTORES.....	21

O DIREITO DE FAMÍLIA NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: UMA TRAJETÓRIA DE CONQUISTAS E NOVOS DESAFIOS	28

Dóris Ghilardi

Igor Guindani

FILHOS DE BRASILEIROS NO EXTERIOR: DA EXTENSÃO DO CRITÉRIO <i>IUS SANGUINI</i> AO SERVIÇO NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	44

Letícia Lopes Borja

Isabel Rodrigues de Meneses

NOVAS CONCEPÇÕES SOBRE O DIREITO DAS FAMÍLIAS E SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	56

Heitor Moreira de Oliveira

Lara Ferrari de Castro

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	70

Josiane Rose Petry Veronese

A PROTEÇÃO INTEGRAL CONSTITUCIONAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ORFANDADE PELO FEMINICÍDIO: DIREITOS FUNDAMENTAIS EM XEQUE.....	83

Karyna Batista Sposato

Raquel Dantas Pluma

O MANDADO DE INJUNÇÃO 7.440 E A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.....	96

João Teixeira Fernandes Jorge

ENTRE A FÉ E O TRABALHO: A LIBERDADE RELIGIOSA DE MULHERES PELA ÓTICA CONSTITUCIONAL	112

Lucieny Magalhães Machado Pereira
Marco Antônio César Villatore

O BLOCO DE LABORATIVIDADE VOLÁTIL COMO CRITÉRIO DE CONSTITUCIONALIDADE 133

Miriam Olivia Knopik Ferraz

A COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL: PERSPECTIVAS DA CONCENTRAÇÃO MIDIÁTICA E O DESAFIO À PLURALIDADE DE VOZES NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 145

Bruno Mello Corrêa de Barros Beuron

Daniela Richter

MANIPULAÇÃO, DEMOCRACIA E *FAKE NEWS*: UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NAS ELEIÇÕES GERAIS DE 2022 NO COMBATE À DESINFORMAÇÃO 158

Rafaela dos Reis Baldissera

Lucas Luciano Kuhn

DIREITO DIGITAL: A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E AS PERSPECTIVAS FUTURAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 115/2022 173

Samara Tavares Agapto das Neves de Almeida Silva

Míriam Parmegiani da Costa

RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO DIGITAL E A PLENITUDE DO GOVERNO DIGITAL.....184

Juliana Horn Machado Philippi

A SUPERAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CARÁTER ABSTENCIONISTA DO DIREITO À PRIVACIDADE NOS MEIOS DIGITAIS 199

Thales Donato

DIREITO À ABERTURA DE DADOS, AO ACESSO À INFORMAÇÃO E À TRANSPARÊNCIA PÚBLICA: UMA LEITURA DA CRFB/1988 APÓS 35 ANOS DE TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS.....211

André Afonso Tavares

DEMOCRACIA E REVISÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGOS ENTRE CANADÁ E BRASIL 226

Luísa Tramarin Hoffmann

Miriam Cohen

A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E O DIREITO À CIDADES SUSTENTÁVEIS...243

Amanda Machado de Liz

Evaldo José Guerreiro Filho

A COR DA DOR: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA EM MULHERES NEGRAS A PARTIR DA NECROPOLÍTICA NO ACESSO AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE...258

Rogério Raymundo Guimarães Filho

Francisco Quintanilha Vêras Neto

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A VEDAÇÃO DA CRUELDADE: O DESAFIO DA PROTEÇÃO ANIMAL NAS ÚLTIMAS DÉCADAS 272

Karla Vieira

APOSENTADORIA ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: 35 ANOS DEPOIS288

Luíza Cipriani

MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 300

Poliana Ribeiro dos Santos

Nailton Souza Melo

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO PARA CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO DEMOCRÁTICO 314

Juliana Inês Urnau

Angela Araujo da Silveira Espindola

CONSTITUCIONALISMO BIOPOLÍTICO E GOVERNAMENTALIDADE JUDICIAL: ADO N.º 26/2019 EM TEMPOS DE CAPITALISMO IDENTITÁRIO ...326

Rafael Reis Aguiar

Monique Rodrigues Lopes

O DIREITO À SAÚDE NAS PRISÕES SUL-RIO-GRANDENSES: 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PERMANÊNCIA DAS DESUMANIDADES 341

Rogério Raymundo Guimarães Filho

Marina Nogueira Madruga

A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: CAMINHOS, DESAFIOS E A FINALIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO.....358

Leonardo Cristovam de Jesus

Vitória dos Santos Rosa

**O MECANISMO DE CRÉDITOS DE CARBONO COMO INSTRUMENTO PARA
ALCANÇAR OS PRECEITOS DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....375**

Poliana Ribeiro dos Santos

Camila Segovia Rodríguez

**INTEGRANDO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: A CONSTITUIÇÃO
CIDADÃ E OS CAMINHOS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA 391**

Maria Raquel Duarte

Thiago Andriago Vesely

**CULTURA, JUSTIÇA, CONSTITUIÇÃO E OS DESAFIOS DO ENSINO JURÍDICO
NO BRASIL CONTEMPORÂNEO 410**

Alessandra Almeida Santana

Guilherme Baggio Costa

**35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A CONTRIBUIÇÃO DAS MULHERES
À LUZ DA “CARTA DAS MULHERES À CONSTITUINTE” E A IMPORTÂNCIA DA
PERSPECTIVA FEMINISTA NO ENSINO JURÍDICO 425**

Monique Rodrigues Lopes

Rafael Reis Aguiar

CONSELHO EDITORIAL

Andréa Maria Carneiro Lobo, Dra.

Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL)

Andréia Garcia Martin, Dra.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

Bettieli Barboza da Silveira, Dra.

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Bruno Marques Ribeiro, Dr.

Universidade de São Paulo (USP)

Camila Salgueiro da Purificação Marques, Dra.

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Caroline Müller Bitencourt, Dra.

Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Larissa Milkiewicz, Dra.

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Leonardo Simões Agapito, Dr.

Universidade de São Paulo (USP)

PREFÁCIO

Recebi com enorme alegria e honrosa satisfação o convite desses dois jovens e promissores estudiosos do Direito, Ariê Scherreier Ferneda e Guilherme Edson Merege de Mello Cruz Pinto, para prefaciar a obra coletiva “35 anos da Constituição Federal: perspectivas e desafios do Brasil contemporâneo”.

A iniciativa dessa obra em comemoração aos 35 anos da Constituição de 1988 é mais do que oportuna, necessária e de destacado relevo – há aqui, para além de tudo isso, uma simbologia muito forte – sim, temos uma Constituição! Sim, ela tem mais vencido do que sucumbido, nada obstante as constantes investidas de toda parte! E, sim, há muito a comemorar e, sobretudo, vigiar!

Posso dizer, como filho da escola pública de fio a pavio, que sou em larga medida fruto e resultado/síntese das políticas públicas desenhadas pela Constituição de 1988! E não sou só eu, e não somos só dezenas e centenas – sim, somos milhares e milhares de filhos da escola pública brasileira; de crianças, adultos e idosos que são atendidos pelo SUS, cuidados e vacinados (sim, vacinados!); de idosos e deficientes físicos que recebem o BPC/LOAS; de indígenas que têm suas terras demarcadas; de quilombolas que têm suas terras tituladas; isso, só para caricaturar em poucos exemplos a face humanista e progressista da Constituição cidadã de 1988...

Por outro lado, embora já superada a “maioridade civil” da “abertura democrática” trazida pela Constituição de 1988, a verdade é que parece que nossas instituições democráticas ainda são sociopoliticamente infantes, dadas as provas de inegável fragilidade ou, pelo menos, uma clara maturidade incompleta. Isso ficou evidente na última década no Brasil, quando nossa democracia restou primeiro sequestrada/garroteada e, logo depois, por milímetros não é mortalmente ferida – e tudo sob aplausos histéricos de um turba de sedizentes “patriotas” e “pessoas de bem”!

Por certo, a nova ordem constitucional no Brasil veio à lume multicolorida pela vivificadora e extensa aquarela de direitos sociais, mas sofre constantemente os efeitos inibidores de uma série de limites à concretização de várias das suas promessas emancipatórias, libertárias e de igualdade social. A força normativa da Constituição é testada a todo tempo – por tentativas, algumas até tristemente bem-sucedidas, de frontal boicote e mesmo bloqueio daqueles referidos compromissos constitucionais.

A efetivação das promessas constitucionais tem servido de palco para densos debates jurídico-constitucionais desde o advento da Constituição de 1988, a eficácia dos direitos fundamentais, seus limites e a concretização de políticas públicas. Mínimo existencial, reserva do possível, limites orçamentários, separação de poderes, discricionariedade administrativa – em meio a todas essas teorias afirmativas e restritivas à concretização dos direitos fundamentais, há no Brasil um perigoso e inflacionado deslocamento do debate sobre a formulação e promoção de políticas públicas do palco autêntico do Legislativo e da Administração Pública para o Poder Judiciário. Os tribunais passam a assumir cada vez mais a condição de espaço institucional capaz de responder à crescente expectativa de ampliação do acesso aos mais variados direitos prestacionais.

No Brasil, infelizmente essa discussão não pode negligenciar a realidade de uma visível e histórica falta de talento/capacidade do Poder Público em “bem gerenciar” o orçamento público (planejamento orçamentário), afora os inúmeros “ruídos e interferências ilegítimas” na eleição das prioridades da ação estatal (corrupção, Administração patrimonialista e ineficientes sistemas de controle), o que contribui para entravar ainda mais a concretização daquelas promessas festejadas na já distante primavera de 1988.

Com efeito, falar de 35 anos da Constituição de 1988 não é, seguramente, falar de uma caminhada reta e tranquila – não, a estrada é sinuosa, com curvas acentuadas e quase nunca bem sinalizadas!

Por isso, ganha destaque a problemática que gravita em torno da concretização dos direitos fundamentais sociais e da concretização de políticas públicas, o que não prescinde da construção de uma sólida teoria da supremacia da Constituição, da defesa da força normativa dos princípios constitucionais e da eficácia dos direitos fundamentais.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 apresenta-se como uma carta política que, embora taxada de prolixa, reflete os interesses das mais diversas camadas da sociedade brasileira. A expressiva gama de direitos fundamentais de cunho liberal e social é um forte indicativo neste sentido. Passados esses primeiros 35 anos em que sim, é importante ressaltar, avançamos e avançamos muito em determinadas áreas, o fato é que ainda o grande desafio está na maior efetivação e avanço de vários compromissos constitucionais, sobretudo os direitos sociais, que exigem a atuação direta/positivo do Estado.

Outro ponto que parece relevante recuperar reside na profunda virada jurídico-metodológica operada a partir da Constituição de 1988, com o estabelecimento de uma prodigiosa carta de direitos fundamentais, que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição

de fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da CF/88), procedendo a um insofismável deslocamento do epicentro da ordem normativa constitucional das competências e da estruturação dos poderes do Estado para a pessoa humana.

O discurso do novo constitucionalismo trouxe consigo a recuperação da centralidade do debate em torno da dignidade da pessoa humana. Seguramente, esta é uma das mais (ou a mais) ricas, fecundas e recorrentes temáticas de toda a metodologia constitucional contemporânea. A tamanha confiança depositada no resgate do lugar de honra da dimensão humanística, como freio e barreira àqueles mais sombrios e degradantes episódios de guerras que varreram a Europa na primeira metade do século XX, tem levado a filosofia e a dogmática constitucional a reservar-lhe um dos mais altaneiros tronos de fundamento axiológico-normativo de toda ordem constitucional, uma espécie de reitora máxima do Estado constitucional de direito.

Com efeito, a centralidade da dignidade humana e sua condição de base axiológica dos sistemas constitucionais contemporâneos estão decantadas no discurso jurídico ocidental, desde as últimas décadas do século passado. Por outro lado, tanto naquelas ordens constitucionais em que a dignidade da pessoa humana ainda não consta expressamente positivada, como nos sistemas que a colocam como princípio fundamental do Estado democrático de direito (caso brasileiro), não se pode desconsiderar há ainda um hiato gigantesco entre a Constituição normativa e a realidade das ruas, das favelas e dos subúrbios dos grandes centros Brasil afora!

Não se pode negar que, da tatuagem normativa constitucional à fotografia da realidade das ruas e dos corredores palacianos dos órgãos estatais, há sempre uma desfocada e pouco nítida expressão de efetividade daqueles quadros normativos. Nada obstante, malgrado o inegável e ainda elevado *deficit* de concretização da dignidade humana na realidade sensível da sociedade brasileira, ressoa inegável o seu enorme potencial libertário e progressista, enquanto princípio fundamental do Estado democrático de direito (artigo 1º, III da CF/88).

Em uma ordem constitucional como a brasileira, fortemente marcada por uma perspectiva axiológica e substantiva de promessas e compromissos liberais e sociais, a concretização da Constituição representa um projeto contínuo, multifário e sempre inacabado, uma espécie de utopia concreta, emancipatória e vinculativa, um reluzente e insuprimível farol ético, político e normativo a apontar na direção de uma comunidade cada vez mais justa e igualitária (ou menos injusta e desigual).

Nessa atmosfera sociopolítica ainda bastante hostil à igualdade material e de brutais contrastes sociais, a normatização da dignidade humana como princípio fundamental

desempenha um papel decisivo, uma baliza constante a direcionar a sociedade e principalmente os poderes constituídos, inclusive sob pena de uma inequívoca crise de legitimidade, que pode tomar variadas formas, desde a apatia política até movimentos radicais de contestação, cada vez mais visíveis e acentuados, uma medida fiel de que se está a alcançar maiores níveis de maturidade democrática e consciência de cidadania, mesmo que exista uma elevada dose de ruídos, tensões e interferências nesse diálogo.

Mais recentemente, uma importante dimensão do constitucionalismo contemporâneo que passou a ser desenhada refere-se à noção de constitucionalismo digital, que aqui para um breve delineamento pode ser compreendido como a aplicação de normas constitucionais para proteção de direitos fundamentais no ambiente virtual e promoção de acesso pela mediação tecnológica, mantendo a configuração do Estado e fomentando o desenvolvimento democrático e sustentável.

Inclusive, nessa mesma perspectiva, a própria atuação da Administração Pública brasileira passou a incorporar diversas iniciativas de aplicação de tecnologia em suas atividades, na trilha da consolidação do constitucionalismo digital. Diversos incentivos normativos, seja constitucional ou infraconstitucional, são encontrados no ordenamento pátrio, surgindo como desafio ao Poder Público estabelecer um Governo digital universal, inclusivo e igualitário – adotando políticas públicas específicas para atender os incentivos jurídicos, inclusive no sentido apontado pela Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável e a próprio Agenda Digital para América Latina e Caribe (eLAC 2022).

Sobre esse ponto, reconheço que essa temática da inter-relação e dos impactos das novas tecnologias nos mais variados âmbitos de atuação do Poder Público tem gravitado em torno das minhas mais recorrentes preocupações acadêmicas e pessoais. Seguramente, o Direito Constitucional e Administrativo contemporâneos precisam dar respostas as mais dinâmicas, complexas e multifacetadas demandas de uma Sociedade cada vez mais digital, tecnológica e que, também por isso, reclama do Poder Público agilidade, transparência e efetividade na atuação, a partir da implementação de políticas públicas e prestação de serviços públicos.

A atividade estatal carece do cumprimento aprofundado e acelerado do seu mister primordial, que repousa na satisfação/concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, função precípua do Estado e, mesmo, sua fonte última de legitimação e razão ético-política e até filosófica de existir de um efetivo Estado social e democrático de direito. E as novas tecnologias e seu uso, não mais só incremental e a indicar um modelo de governo eletrônico,

mas sim também disruptivo e voltado à consolidação de um efetivo modelo de governo digital ou, melhor dizendo, de Estado digital, jogam um papel de indelével centralidade.

Por outro lado, no limiar desse contexto de transformações tecnológicas e da consolidação de uma noção de Estado digital, efetivamente no centro desse debate, deve estar a preocupação com os direitos fundamentais de todos os cidadãos, em especial os mais vulneráveis e marginalizados.

Com efeito, não se pode admitir como ética, política e institucionalmente aceitável que, agora, mesmo a partir da colonização do Estado pelas novas tecnologias possamos, novamente, normalizar no Governo digital os padrões de exclusão social dos tempos do governo analógico, numa espécie de versão digital de e-vulnerabilidades, e-marginalização e e-invisibilidade. Até porque os excluídos do ontem analógico tendem a ser os mesmos excluídos do hoje e do amanhã digital. Pouco ou quase nada adiantará a busca pelo incremento de dimensões de eficiência, transparência, controle, simplificação da burocracia, agilidade, se tudo isso não estiver intencionalmente voltado à ampliada e qualificada prestação de serviços públicos, sobretudo aos mais necessitados.

Sem contar que, principalmente num primeiro momento e se não bem dialogado e refletido, a instituição de modelos de Governo digital pode, inclusive, aprofundar a desigualdade entre os cidadãos, em especial quanto à prestação de serviços públicos em plataformas digitais. Por mais que possa soar paradoxal, mas em diversos seguimentos e setores de atuação estatal, em especial na promoção de direitos sociais, a modelagem digital, que deveria representar um avanço/ampliação da presença ativa do Estado, pode sim redundar no aprofundamento do fosso de ausência estatal, sobretudo para as camadas mais necessitadas. Precisamos debater, com serenidade e seriedade, um modelo efetivo e inclusivo de transição, o mais rápido possível, para uma dimensão de Administração Pública 4.0, mas que alcance a todos em seus benefícios, em especial àqueles mais carentes da atuação estatal.

Todas essas preocupações servem de pano de fundo para os debates trazidos nessa bela obra coletiva em homenagem aos “35 anos da Constituição Federal: perspectivas e desafios do Brasil contemporâneo”, organizada por Ariê Scherreier Fernalda e Guilherme Edson Mereghe de Mello Cruz Pinto, a quem novamente rendo os mais efusivos cumprimentos, pela rica e alvissareira iniciativa.

Oxalá estejamos aqui – e muito bem vivos – nos próximos 35, 40 50 anos, para juntos celebrarmos e comemorarmos – nós e a Constituição de 1988 – os seus 70, 80, 100 anos – essa

que é bem mais do que uma norma jurídica, é sim um autêntico imperativo ético e um compromisso moral/intergeracional da Sociedade política brasileira.

Vida longa à Constituição cidadã de 1988!

De Maceió (onde agora me encontro no Congresso do IBDA – 2023) para a Ilha de Santa Catarina (Desterro), 27 de setembro de 2023 – sim, a primavera já chegou! Muito boa essa sensação de que estamos voltando à normalidade e que, depois de um inverno de histeria coletiva, volta aquela que é imparável! Porque, embora ceifadas algumas rosas, jamais conseguirão deter a primavera inteira!

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFSC

Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público (GEDIP/CCJ/UFSC)

APRESENTAÇÃO DA OBRA

35 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. 35 anos de um compromisso democrático que deve ser reafirmado de modo constante, sobretudo diante do processo de globalização e sua consequente transformação social, econômica e política. Ao longo de 35 anos, muitas foram as mudanças promovidas pela dinâmica da vida humana, com a ampliação de direitos, antes não assegurados constitucionalmente. Considerando esse cenário, o livro sobre os 35 anos da Constituição Federal apresenta abordagens que versam sobre as conquistas, perspectivas e desafios enfrentados desde 1988 e aqueles que estão por vir.

Nesse sentido, iniciamos o livro tratando da base da sociedade: **Dóris Ghilardi e Igor Guindani**, no artigo intitulado “O direito de família nos 35 anos da Constituição da República Federativa do Brasil: uma trajetória de conquistas e novos desafios”, tratam das principais conquistas do direito de família – no período compreendido entre 1988 até os dias atuais (2023) – e dos desafios para os próximos anos. Os autores discutem sobre o reconhecimento de novas espécies familiares previstas de forma explícita e implícita no conteúdo “entidades familiares” do art. 226, bem como abordam os desafios enfrentados pelo direito de família na atribuição de efeitos jurídicos a tais entidades, além de outras modalidades que ainda prescindem de tutela jurídica.

No artigo intitulado “Filhos de brasileiros no exterior: da extensão do critério *ius sanguini* ao serviço na administração indireta”, de autoria de **Letícia Lopes Borja e Isabel Rodrigues de Meneses**, propõe o seguinte questionamento: são brasileiros os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, quando qualquer deles está a serviço da Administração Indireta? Nesse sentido, as autoras identificam uma tendência, por meio de seu referencial doutrinário, de interpretação que expande a atribuição da nacionalidade primária brasileira.

Seguindo a tendência de avanços – e desafios – para o direito de família, o artigo sobre as “Novas concepções sobre o direito das famílias e sobre o direito dos animais nos 35 anos da Constituição de 1988”, de **Heitor Moreira de Oliveira e Lara Ferrari de Castro**, discute o tipo de entidade familiar denominado de família multiespécie e outras questões constitucionais concernentes ao Direito das Famílias e ao Direito dos Animais. Buscam, portanto, traçar um caminho hábil para a resolução de conflitos relativos ao destino dos animais de companhia nas situações em que há o término do casamento ou da união estável.

Já no âmbito dos direitos da criança e do adolescente, o artigo que versa sobre “A Constituição Federal de 1988 e o direito da criança e do adolescente”, de autoria de **Josiane Rose Petry Veronese**, busca demonstrar a importância da Constituição de 1988 na construção de um ramo autônomo do direito: o Direito da Criança e do Adolescente. A autora releva o quanto é paradigmática a Constituição de 1988, em se tratando da defesa, promoção, prevenção e proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

No mesmo sentido, o artigo sobre “A proteção integral constitucional a crianças e adolescentes em situação de orfandade pelo feminicídio: direitos fundamentais em xeque”, de **Karyna Batista Sposato e Raquel Dantas Pluma**, discute um tema sensível: a proteção integral de crianças e adolescentes que são afetados pela violência doméstica e familiar, mormente quando esta resulta no feminicídio de suas mães e os coloca em situação de orfandade.

Por outro lado, **João Teixeira Fernandes Jorge**, no artigo intitulado “O Mandado de Injunção 7.440 e a regulamentação do artigo 243 da Constituição Federal como meio de efetivação do princípio da livre concorrência”, analisa se a regulamentação do artigo 243 da Constituição de 1988 contribuiria para efetivação do princípio da livre concorrência, sobretudo no caso de expropriação de propriedades rurais e urbanas onde for verificada a exploração de trabalho escravo.

Com relação ao aspecto laboral, **Lucieny Magalhães Machado Pereira e Marco Antônio César Villatore**, no artigo “Entre a fé e o trabalho: a liberdade religiosa de mulheres pela ótica constitucional” buscam verificar a possibilidade de garantir a liberdade religiosa de mulheres, impedindo a violação de seus direitos fundamentais, nos casos dessas mulheres possuírem chefes com posições religiosas diversas, à luz da perspectiva constitucional.

Ainda na perspectiva dos direitos sociais, o artigo “O bloco de laboratividade volátil como critério de constitucionalidade”, de autoria de **Miriam Olivia Knopik Ferraz**, aborda o desenvolvimento da Teoria do Bloco de Laboratividade como paradigma de construção e fortalecimento dos direitos sociais do trabalho, mormente para a formação da base do controle de constitucionalidade e convencionalidade, bem como demonstra a sua compatibilidade com o princípio protetivo e da norma mais favorável, à luz da Constituição de 1988.

Por sua vez, **Bruno Mello Corrêa de Barros Beuron e Daniela Richter**, no artigo “A comunicação social no Brasil: perspectivas da concentração midiática e o desafio à pluralidade de vozes no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”, apresentam um panorama contemporâneo acerca da Comunicação Social no Brasil a partir da Constituição de

1988, com destaque para o processo de consolidação dos meios de comunicação. Os autores exploram, ainda, os principais desafios que são impostos para superação do problema histórico de obstaculização de tais meios pela sociedade, movimentos sociais e demais atores.

No artigo “Manipulação, democracia e *fake news*: uma análise sobre a atuação do Tribunal Superior Eleitoral nas eleições gerais de 2022 no combate à desinformação”, de **Rafaela dos Reis Baldissera** e **Lucas Luciano Kuhn**, buscou tratar do fenômeno das *fake news* no atual cenário democrático; elencar sua problemática em período eleitoral e, por consequência, analisar a atuação do TSE quanto ao tema, verificando eventuais acertos ou abusos, diante da desinformação e notícias falsas características na era da pós-verdade.

Ainda no contexto dos desafios da era digital, as autoras, **Samara Tavares Agapto das Neves de Almeida Silva** e **Míriam Parmegiani da Costa**, no artigo intitulado “Direito Digital: a proteção dos dados pessoais e as perspectivas futuras na Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional 115/2022”, buscam esclarecer a importância de considerar o direito à proteção dos dados pessoais como cláusula pétrea, de modo a destacar, inclusive, a relevância da inclusão do inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição de 1988, promovida pela Emenda Constitucional 115/22.

Igualmente, o artigo que versa sobre “Reconhecimento do direito fundamental à inclusão digital e a plenitude do Governo Digital”, de autoria de **Juliana Horn Machado Philippi**, discute, de modo sensível, sobre o reconhecimento do direito à inclusão digital como direito fundamental, considerando a desigualdade no acesso às tecnologias da informação e comunicação no Brasil e a sua extrema importância para o exercício da plena cidadania pelos indivíduos.

Nada obstante a garantia ao direito à privacidade e à inclusão digital, **Thales Donato**, em seu artigo intitulado “A superação constitucional do caráter abstencionista do direito à privacidade nos meios digitais”, busca identificar o caráter conferido à faceta digital do direito à privacidade na ordem constitucional, à luz da teoria dos direitos fundamentais, por meio do estudo das alterações conceituais do direito à privacidade ocorridas no seio da Constituição de 1988.

Ainda no contexto dos desafios e oportunidade oferecidos pela era digital, **André Afonso Tavares**, no artigo sobre o “Direito à abertura de dados, ao acesso à informação e à transparência pública: uma leitura da CRFB/1988 após 35 anos de transformações tecnológicas”, oferece uma análise hermenêutica atualizadora do texto constitucional relacionado ao direito à abertura de dados, de acesso à informação e à transparência pública 35

anos após a promulgação da Constituição (artigo 5º, inciso XXXIII), em 1988, considerando as transformações tecnológicas experimentadas pela Administração Pública desde 1988 até hoje (2023).

Já no âmbito do constitucionalismo e seus poderes, o artigo “Democracia e revisão constitucional: diálogos entre Canadá e Brasil”, de autoria de **Luísa Tramarin Hoffmann** e **Miriam Cohen**, analisa as discussões contemporâneas a respeito do poder atribuído às cortes constitucionais (do Brasil e do Canadá) de revisar, alterar ou até mesmo invalidar legislações, sobretudo diante da preocupação de que essa forma de atuação possa comprometer a legitimidade da democracia e o respeito ao sistema representativo.

Por sua vez, **Amanda Machado de Liz** e **Evaldo José Guerreiro Filho**, em seu artigo sobre a “A função social da cidade e o direito à cidades sustentáveis”, concluem, por meio de uma análise conjunta da função social da cidade e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que aquela é um princípio orientador fundamental para o desenvolvimento urbano, a justiça social e a qualidade de vida dos cidadãos, em harmonia com o meio ambiente e em respeito às gerações presentes e futuras.

Com relação ao artigo intitulado “A cor da dor: a violência obstétrica em mulheres negras a partir da necropolítica no acesso ao direito social à saúde”, os autores, **Rogério Raymundo Guimarães Filho** e **Francisco Quintanilha Vêras Neto**, abordam a necropolítica, a qual envolve a gestão deliberada da morte de grupos sociais marginalizados e influencia a perpetuação de desigualdades, em relação à violência obstétrica perpetrada em face de mulheres negras, e como a referida violência impacta o acesso ao direito social à saúde.

Já o artigo de autoria de **Karla Vieira**, intitulado “A Constituição Federal de 1988 e a vedação da crueldade: o desafio da proteção animal nas últimas décadas”, tem como objetivo examinar as modificações promovidas pela CRFB/88 em matéria de proteção animal, bem como investigar se a normativa que regulamenta a experimentação animal com fins didáticos e científicos (Lei n. 11.794/2008) atende aos preceitos constitucionais.

No âmbito do direito previdenciário, **Luíza Cipriani**, autora do artigo “Aposentadoria especial na Constituição de 1988: 35 anos depois”, busca investigar, de forma crítica, se a proteção à saúde do trabalhador, por meio da aposentadoria especial, continua sendo efetivada, considerando a inserção de critério etário para concessão do benefício, inserido pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

Com relação aos meios adequados de resolução de conflito, o artigo sobre os “Meios Adequados de Solução de Conflitos e a Constituição de 1988: o direito de acesso à justiça como

garante à dignidade da pessoa humana”, de **Poliana Ribeiro dos Santos e Nailton Souza Melo**, tem como objetivo relacionar a aplicabilidade dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos como forma de garantir a efetivação dos direitos humanos em detrimento de uma justiça anacrônica e desconhecida das transformações econômicas, sociais, culturais e tecnológicas.

Ainda na seara processual, o artigo que versa sobre “O princípio do contraditório para construção de um processo democrático”, de autoria de **Juliana Inês Urnau e Angela Araujo da Silveira Espindola**, questiona em que medida o princípio do contraditório pode contribuir para a construção de um modelo democrático de processo, concluindo, portanto, que o contraditório pode colaborar para a democratização processual, a fim de atribuir responsabilidades para todas as partes do processo.

Ademais, **Rafael Reis Aguiar e Monique Rodrigues Lopes**, no artigo intitulado “Constitucionalismo biopolítico e governamentalidade judicial: ADO n.º 26/2019 em tempos de capitalismo identitário”, discutem o processo de produção judicial de identidades LGBTQIA+ a partir da dinâmica da governamentalidade neoliberal. Os autores discutem, de forma racialmente crítica, a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADO 26/2019) que ensejou na criminalização da LGBTQIA+fobia.

Sobre o direito à saúde, com enfoque direcionado à população privada de liberdade, o artigo sobre “O direito à saúde nas prisões sul-rio-grandenses: 35 anos da Constituição de 1988 e a permanência das desumanidades”, de **Rogério Raymundo Guimarães Filho e Marina Nogueira Madruga**, conclui que, apesar das garantias constitucionais presentes no discurso oficial-legal, a realidade se opõe ao respeito aos direitos humanos e à dignidade de pessoas encarceradas, frente à questão do direito social à saúde, bem como as próprias características estruturais da prisão, como a superlotação, as más condições de detenção e a dificuldade de acesso a cuidados médicos.

Já no âmbito do direito administrativo, o artigo sobre “A oposição de Embargos de Declaração no Processo Administrativo Federal e a Constituição de 1988: caminhos, desafios e a finalidade democrática do processo”, de autoria de **Leonardo Cristovam de Jesus e Vitória dos Santos Rosa**, aborda a seguinte problemática: a ausência de um meio específico de impugnar decisões carentes de motivação ou que incorrem em obscuridade, omissão, contradição ou erro material pode representar prejuízo à finalidade democrática do processo administrativo constitucional? Como resposta ao problema proposto, os autores apontam que os Embargos de Declaração são compatíveis com o regime jurídico-administrativo brasileiro e

que sua utilização tem o condão de fortalecer a finalidade democrática do processo administrativo.

Por fim, **Poliana Ribeiro dos Santos** e **Camila Segovia Rodríguez**, no artigo intitulado “O mecanismo de créditos de carbono como instrumento para alcançar os preceitos do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, apresentam um estudo sobre a relevância do mercado de créditos de carbono como instrumento para a concretização do artigo 225 Constituição de 1988, no contexto das Mudanças Climáticas.

Adentrando à temática da educação inclusiva, **Maria Raquel Duarte** e **Thiago Andriago Vesely**, no artigo “Integrando direitos humanos e fundamentais: a Constituição Cidadã e os caminhos da educação inclusiva para pessoas com deficiência”, abordam o direito fundamental à educação e sua relação com os princípios constitucionais, no âmbito da inclusão das pessoas com deficiência no contexto educacional brasileiro.

Seguindo a vertente dos desafios à concretização do direito fundamental à educação, de modo igualitário e inclusivo, **Alessandra Almeida Santana** e **Guilherme Baggio Costa**, no artigo “Cultura, justiça, constituição e os desafios do ensino jurídico no Brasil contemporâneo”, discutem a relação entre justiça, direito e cultura pela perspectiva dos direitos culturais como mecanismo de promoção da justiça social, bem como destacam os elementos constituintes da cultura do ensino jurídico no Brasil, como um projeto político, à luz da Constituição de 1988.

Por fim, no artigo que versa sobre os “35 anos da Constituição brasileira: a contribuição das mulheres à luz da ‘carta das mulheres à constituinte’ e a importância da perspectiva feminista no ensino jurídico”, **Monique Rodrigues Lopes** e **Rafael Reis Aguiar** ressaltam a necessidade de uma perspectiva feminista no ensino jurídico em prol da formação de profissionais capazes de interpretar e aplicar as leis de maneira inclusiva e igualitária, além de destacar a importância de preencher a lacuna relativa à ausência de contribuição das mulheres na narrativa constitucional com uma perspectiva crítica e feminista.

Desejamos a todos(as) uma excelente leitura!

Ariê Scherreier Farneda

Guilherme Edson Mereghe de Mello Cruz Pinto

SOBRE OS ORGANIZADORES DA OBRA

ARIÊ SCHERREIER FERNEDA

Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Membro do Grupo de Estudos em Direito Público (GEDIP/CCJ/UFSC). Membro da Comissão de Estudos sobre Governo Digital do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA (2023-2024). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3222637526954534>.

GUILHERME EDSON MEREGE DE MELLO CRUZ PINTO

Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Comunicação Empresarial e Institucional pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Graduado em Comunicação Social - Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Graduado em Tecnologia em Comunicação Institucional pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Coordenador do Grupo Permanente de Discussão (GPD) da OAB/PR sobre Litigância Climática. Advogado. Jornalista. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6659437947566641>.

SOBRE OS AUTORES

ALESSANDRA ALMEIDA SANTANA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2680366416565026>. E-mail: aleessa@outlook.com.br.

AMANDA MACHADO DE LIZ

Doutoranda em Direitos Humanos e Mestra em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). <http://lattes.cnpq.br/4660735541164969>. Email: amandaliz.unb@gmail.com.

ANDRÉ AFONSO TAVARES

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC. Mestre em Direito. Especialista em Direito Público e em Auditoria Governamental. MBA em Ciência de Dados. Graduado em Direito, em Ciências Contábeis e em Engenharia de Software. Advogado. Bolsista do Programa UNIEDU/Estado de Santa Catarina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4796837975465187>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9549-8096> E-mail: afonsotavares.andre@gmail.com.

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professora Associada do Departamento de Direito da UFSM. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFSM. Líder do Grupo de Pesquisa PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades do PPGD/UFSM. Membro fundadora e Presidente da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8242346710380248>. E-mail: angela.espindola@ufsm.br.

BRUNO MELLO CORRÊA DE BARROS BEURON

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Pesquisador do Observatório de Gestão Universitária para Inclusão e Desenvolvimento Social do Pampa, da Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA, Campus Santana do Livramento – RS. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0434204026401947> E-mail: brunomellobarros@gmail.com.

CAMILA SEGOVIA RODRIGUÉZ

Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSC). Bacharela em Direito (UFSC). Pesquisadora no Grupo de Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito

Internacional (EMAE/CNPq). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2228029068846014>. E-mail: camilasegovia.r@gmail.com.

DANIELA RICHTER

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: daniela.richter@ufsm.br.

DÓRIS GHILARDI

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora no Departamento de Ciências Jurídicas da UFSC. <http://lattes.cnpq.br/0024214479316320>. E-mail: dorisghilardi@gmail.com.

EVALDO JOSÉ GUERREIRO FILHO

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da UniAvan. <http://lattes.cnpq.br/3072506697793006>. E-mail: evaldojoseguerreirofilho@gmail.com.

FRANCISCO QUINTANILHA VÉRAS NETO

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor no PPGD da UFSC. <http://lattes.cnpq.br/0352810627424925>. E-mail: quintasveras@gmail.com.

GUILHERME BAGGIO COSTA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC). Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/7473250407347470>. E-mail: guilhermebaggio costa@hotmail.com.

HEITOR MOREIRA DE OLIVEIRA

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2964405138464732>. E-mail: heitor.ufg@gmail.com.

IGOR GUINDANI

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://lattes.cnpq.br/6211297104059546>. E-mail: igorguindani@gmail.com.

ISABEL RODRIGUES DE MENESES

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1807410436624602>. E-mail: isabel.rodmeneses@gmail.com.

JOÃO TEIXEIRA FERNANDES JORGE

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0461466733561497>. E-mail: joãotfj@gmail.com

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora e Mestre em Direito pela UFSC, com pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS e pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente/CCJ/UFSC e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade. Dezenas de obras, capítulos de livros e artigos que versam sobre o Direito da Criança e do Adolescente. Integra a Academia de Letras de Biguaçu/SC, com a Cadeira nº 1; a RUEF (Rede Universitária para o Estudo da Fraternidade) e a Red Iberoamericana para la Docencia e Investigación en Derechos de la Infancia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7387-0758>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3761718736777602>.

JULIANA HORN MACHADO PHILIPPI

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR. Membro da Comissão de Estudos de Governo Digital do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7032612845841571> E-mail: julianahorn@ufpr.br.

JULIANA INÊS URNAU

Mestranda em Direitos na sociedade em rede: atores, fatores e processos na mundialização do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria - PPGD/UFSC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Phronesis: Jurisdição e Humanidades do PPGD/UFSC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7670690199938868>. E-mail: julianaurnau@gmail.com.

KARLA VIEIRA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

KARYNA BATISTA SPOSATO

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6457328773061506>. E-mail: sposato@academico.ufs.br.

LARA FERRARI DE CASTRO

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Voluntária no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0925423517780577>. E-mail: lara.ferrari.c@bol.com.br.

LEONARDO CRISTOVAM DE JESUS

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assistente Jurídico no escritório Cristóvam & Palmeira Advogados Associados. Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/9882013769014538>. E-mail: cristovam.ufsc@gmail.com.

LETÍCIA LOPES BORJA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6127647534294314>. E-mail: leticialborja@gmail.com.

LUCAS LUCIANO KUHN

Mestrando pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5438410067581147>. E-mail: lucaslkuhn@gmail.com

LUCIENY MAGALHÃES MACHADO PEREIRA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pesquisadora. Professora no curso de Direito na Faculdade Guilherme Guimbala, em Joinville, SC. Coordenadora do CerNemape – Centro de Referência e Núcleo de Extensão Maria da Penha na ACE FGG. Advogada. E-mail: lucienymmp@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0707202257646222>.

LUÍSA TRAMARIN HOFFMANN

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1058146643617893>. E-mail: luisathoffmann@gmail.com.

LUÍZA CIPRIANI

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada previdenciarista. E-mail: luiza_cipriani@hotmail.com.

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Pós-Doutor em Direito Econômico pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”. Professor Associado I da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, do Curso de Graduação e, também, de Pós-Graduação (Mestrado e do Doutorado), ambas em Direito. Advogado. E-mail: marcovillatore@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6658857270253086>.

MARIA RAQUEL DUARTE

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidad de Alicante - Espanha/ES (2013). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2003), Especialista em Direito Previdenciário pelo CESUSC (2007), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - UNIDERP/LFG (2010). Advogada e Professora em Cursos de Graduação em Direito e Cursos de Especialização em Direito Previdenciário e Medicina e Segurança do trabalho. E-mail: mrduarte.adv@gmail.com

MARINA NOGUEIRA MADRUGA

Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pelotas. <http://lattes.cnpq.br/4738691077151012>. E-mail: marina_mad@hotmail.com.

MIRIAM COHEN

Doutora em Direito Internacional Público pela Universidade de Leiden. Professora Titular da cátedra de pesquisa Chaire de recherche du Canada sur les droits humains et la justice réparatrice Internationale da Université de Montréal. Advogada, Barreau du Québec. E-mail: miriam.cohen@umontreal.ca

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com dupla titulação em Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma Sapienza - La Sapienza. Membro da Delegação Brasileira da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro do Grupo de Estudos de Análise Econômica do Direito da PUCPR. Professora da FAE Centro Universitário. Membro da Comissão de Direito do Trabalho, Direitos Culturais, e de Direito Empresarial da OABPR. Conselheira da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Membro do Instituto Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho. Advogada e Sócia Fundadora do Knopik & Bertoncini Sociedade de Advogados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4312339156293623>. E-mail: m.okf@hotmail.com

MÍRIAM PARMEGIANI DA COSTA

Graduanda em Direito pela Faculdade de Administração de Santa Cruz - FASC, Brasil. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1308324821041506>. E-mail: miriam.law@hotmail.com.

MONIQUE RODRIGUES LOPES

Advogada e doutoranda em “Teoria e História do Direito”- PPGD/UFSC; Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais -PPGSD/UFF; Especialista em Filosofia e Sociologia (FETREMIS/RS) Bacharela em Direito- UNESA/RJ, Historiadora- UFV/MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1558067496700097>

NAILTON SOUZA MELO

Graduado em Psicologia e Especialista em Psicanálise Clínica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9621506539003197>. E-mail: nailtonsmelo@gmail.com.

POLIANA RIBEIRO DOS SANTOS

Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2149540920056487>. E-mail: polianaribeiro.prs@gmail.com.

RAFAEL REIS AGUIAR

Doutorando em “Direito, Estado e Constituição”- PPGD/UnB, mestre em “Novos Sujeitos, Novos Direitos” - PPGD/UFOP, especialista em “Epistemologías del Sur” (CLACSO Argentina) e em Direito Público (PUC Minas). Advogado, pesquisador e consultor em Direito & Diversidades. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4102678602683409>.

RAFAELA DOS REIS BALDISSERA

Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Link do Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5198775117884582>. E-mail: rafaelabaldissera@yahoo.com.br

RAQUEL DANTAS PLUMA

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5788043585058765>. E-mail: raqueldpluma@gmail.com.

ROGÉRIO RAYMUNDO GUIMARÃES FILHO

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
<http://lattes.cnpq.br/7830470576348981>. E-mail: rogerioguimar@yahoo.com.br.

SAMARA TAVARES AGAPTO DAS NEVES DE ALMEIDA SILVA

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil. Graduada e Mestre em Direito pelo Centro Universitário “Eurípides” de Marília - UNIVEM com área de concentração em Teoria do Direito e do Estado. Professora da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT e da Faculdade de Administração de Santa Cruz do Rio Pardo – FASC; Advogada; Conciliadora e Mediadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJ/SP. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9055201250273081>. E-mail: samaraagapto@gmail.com.

THALES DONATO

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Assistente de Promotoria no Ministério Público de Santa Catarina. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8375445846731256>. E-mail: thales.donato@gmail.com.

THIAGO ANDRIGO VESELY

Especialista em Política e Representação Parlamentar pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. <https://lattes.cnpq.br/4800607762264048>. E-mail: consultoria@faculdadeanasps.com.br.

VITÓRIA DOS SANTOS ROSA

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Estagiária de Direito em Guerra Advocacia de Família e Sucessões. Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/2285315092885446>. E-mail: vtrsrosa@gmail.com.

O DIREITO DE FAMÍLIA NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: UMA TRAJETÓRIA DE CONQUISTAS E NOVOS DESAFIOS

Dóris Ghilardi¹

Igor Guindani²

RESUMO: No ano em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 completa trinta e cinco anos, justifica-se a proposta de análise acerca das conquistas do direito de família durante esse período e dos desafios para os próximos anos. A família, outrora tradicional, moldada pelo patriarcalismo, exclusivamente casamentária e heterossexual, passa a partir dos novos valores constitucionais a ganhar nova roupagem. Utilizando-se de abordagem qualitativa e método dedutivo, o presente artigo enfatiza as principais transformações ocorridas no âmbito jurídico familiar, com especial destaque ao reconhecimento de novas espécies familiares previstas de forma explícita e implícita no conteúdo “entidades familiares” do art. 226. Também aborda sobre os desafios enfrentados pelo direito de família na atribuição de efeitos jurídicos a tais entidades, bem como no reconhecimento de outras que ainda prescindem de tutela jurídica. Além de tecer considerações, embora de maneira mais tímida, sobre o direito de filiação contemporâneo, muito mais democrático, afetivo e consentâneo com a realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República Federativa do Brasil; direito de família; conquistas; desafios.

INTRODUÇÃO

Desde o final do século XX, e principalmente a partir da promulgação da CFRB/1988, o direito de família perpassou por profundas transformações, superando paradigmas tradicionais que impunham à sociedade uma forma de convivência familiar baseada unicamente no matrimônio. Nesse sentir, a família foi ressignificada, afastando-se de uma instituição patriarcal e matrimonializada, configurando-se atualmente como uma entidade que visa essencialmente à promoção da dignidade dos seus integrantes.

A nova funcionalidade da família somente foi alcançada pela CRFB/1988, que elevou a dignidade humana como fundamento da República (art. 1º, III). Com intensa reformulação no conceito e na sua forma de constituição, a família sofreu um alargamento, sendo reconhecidos,

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora no Departamento de Ciências Jurídicas da UFSC. <http://lattes.cnpq.br/0024214479316320>. E-mail: dorisghilardi@gmail.com.

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). <http://lattes.cnpq.br/6211297104059546>. E-mail: igorguindani@gmail.com.

desde o advento da Carta Republicana até os dias atuais, diversos modelos familiares para além do vínculo meramente matrimonial previsto no período anterior.

Nesse aspecto, o presente artigo se propõe a analisar as transformações no direito de família nos trinta e cinco anos da CRFB/1988, com especial destaque às novas entidades familiares previstas no texto constitucional, bem como aquelas que, graças ao trabalho incessante da doutrina e da jurisprudência, foram reconhecidas no decorrer dos anos e passaram a receber proteção jurídica. Transformações do direito de filiação também são destacadas, como a mudança de concepção de filiação legítima e ilegítima, para a adoção da igualdade de filiação, além da passagem dos vínculos quase que exclusivamente sanguíneos, para o acolhimento da filiação socioafetiva e dos laços multiparentais.

O texto segue enfatizando desafios que ainda devem ser enfrentados pelo direito de família, especialmente em relação à necessidade de encontrar respostas a problemas práticos gerados pelas novas entidades e vínculos familiares considerando a ausência de previsão legal expressa, bem como a dificuldade no reconhecimento de outras uniões que, em razão de concepções morais e religiosas, ainda não receberam tutela jurídica, embora já sejam uma realidade presente na sociedade, como o caso das uniões poliafetivas.

O estudo aborda inicialmente a família anterior à CRFB, destacando o perfil eminentemente patriarcal, hierárquico e matrimonializado do ambiente familiar da época. Após, destaca as mudanças ocorridas na família a partir do final do século XX, tomando-se por base a CRFB/1988. Destaca-se, então, a nova funcionalidade da família, que abandona seu propósito institucional, dando lugar à proteção da dignidade dos seus membros. Por fim, o artigo discorre sobre as conquistas do direito de família ao longo dos trinta e cinco anos da CRFB/1988, bem como acerca dos desafios para os próximos anos.

1 A INSTITUIÇÃO FAMILIAR PRESENTE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O modelo familiar anterior à CRFB/1988 e presente no CC/1916, de caráter substancialmente patriarcalista e patrimonialista, consagrava o matrimônio como elemento estrutural das relações familiares. A família somente era considerada legítima e recebia proteção do Estado se estivesse formalizada pelo casamento³, o que demonstra a forte influência

³ Assim dispunha o art. 229 do Código Civil de 1916: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.” Tãmanha a proteção ao casamento que o art. 222 determinava: “A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador que o defenda”.

dos dogmas canônicos no ordenamento jurídico da época. Uniões de fato, sem vínculo matrimonial, não eram legítimas, e eventuais controvérsias envolvendo tais uniões seriam resolvidas pelo direito obrigacional.

Na versão original do CC/1916, o casamento era indissolúvel, sendo permitido, somente a partir de 1942, a separação conjugal através do desquite, embora tal instituto não dissolvesse o vínculo matrimonial, apenas pondo fim à conjugalidade, impedindo que as pessoas se casassem novamente. Somente a partir da Emenda Constitucional n. 9 de 1977, com a regulamentação da Lei n. 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, é que foi permitida a dissolubilidade do casamento, desde que comprovado alguns requisitos. Este somente poderia ocorrer após prévia separação judicial por mais de três anos ou separação de fato pelo período de cinco anos, com início anterior à promulgação da Emenda. Além disso, o pedido de divórcio somente poderia ser requerido uma única vez.

O ambiente familiar da época era essencialmente hierárquico e patriarcal, no qual a mulher casada era relativamente capaz e o marido detinha o poder sobre toda a família, recebendo a titulação de “chefe da sociedade conjugal”, sendo responsável pela administração dos bens comuns e dos particulares da mulher; pela fixação e mudança do domicílio da família; pela autorização da profissão da mulher e a sua residência; e pela manutenção da família.

No tocante à filiação, o vínculo genético, diz Lôbo (2008, p. 48), “converteu-se na ‘verdade real’ de filiação”. A prole advinda fora do vínculo matrimonial era ilegítima segundo o ordenamento jurídico da época. Conforme os artigos 337 e 358 do CC/1916, respectivamente: “São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se contraiu de boa fé” e “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”. A moral e os bons costumes da época, além da necessidade de manter o patrimônio familiar, impediam que a prole originada de relações extraconjugais tivesse seu reconhecimento perante o Estado. “Tudo isso com a finalidade de concentrar o patrimônio na família. Não se concebia a ideia de dividir qualquer bem que fosse com um ‘bastardo’ originado de uma relação extraconjugal” (Ghilardi, 2013, p. 69).

Somente a partir da Lei n. 883/1949 é que foi permitido o reconhecimento dos filhos originados de relação extramatrimonial, embora a sociedade conjugal deveria estar dissolvida.⁴

⁴ Assim determinava o art. 1º da Lei n. 883/1949: “Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação”.

Em 1977, com a edição da Lei n. 6.515 (Lei do Divórcio), foi autorizado o reconhecimento do filho, mediante testamento cerrado, ainda na vigência do casamento.⁵

A desigualdade de direitos, a discriminação dos filhos, a ausência de tutela de relações conjugais sem vínculo matrimonial e o patriarcalismo exacerbado, foram as características da família anterior à CRFB/1988. Como menciona Barros (2002, p. 7): “com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto”, os “casamentos por conveniência”, movidos por interesses patrimoniais e políticos, transcendiam a qualquer estado de emoção, pois a família era, sobretudo, uma instituição patrimonial.

2 A RESSIGNIFICAÇÃO DA FAMÍLIA NA CRFB/1988

A partir da década de 70 a sociedade brasileira percorreu inúmeras transformações, especialmente no campo da vida privada. Os movimentos feministas em prol da libertação da autonomia sexual e reprodutiva da mulher, bem como da sua emancipação econômica, foi um dos principais eventos que marcaram as profundas reformulações sociais no país durante o final do século XX e início do século XXI.

De igual forma, a dissociação do casamento e da moral sem dúvida foi um fator primordial para a alteração na forma de se vivenciar a vida em comum. O matrimônio deixa de ser um compromisso indispensável na vida do indivíduo, passando a representar apenas um complemento durante a trajetória de sua vida (Bittar, 2007, p. 599).

Além disso, principalmente a partir da Lei do Divórcio, a sociedade brasileira deparou-se com intensa mudança nos relacionamentos conjugais, tornando-os cada vez mais fugazes. Uniões e desuniões foram aos poucos dando origem a novos formatos de família, diversos do modelo anterior formado unicamente pelo casamento.

O intenso progresso da ciência, com a possibilidade de manipulação genética, também foi um passo altamente significativo na revolução da família, permitindo que a filiação possa ser originada por meio de técnicas de reprodução assistida homóloga e heteróloga.

Todas essas mudanças sociais, tecnológicas e legislativas foram precursoras para a atribuição de maior autonomia às pessoas e menor interferência do Estado na vida privada. E foi em meio a esse período que a Constituição Federal foi promulgada em 1988, elevando a dignidade humana como fundamento da República e valor supremo do ordenamento jurídico.

⁵ A Lei n. 6.515/77 acrescentou o parágrafo único no artigo 1º da Lei n. 883/1949 dispondo que “Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

A redemocratização do país e o advento do Estado Social resultaram no estabelecimento de uma gama de direitos fundamentais, passando o ser humano a assumir posição central no contexto normativo brasileiro. E dentre as diversas áreas do direito que passaram por reformulações a partir da Carta Republicana, o direito civil, que antes tinha sua essência realçada no patrimônio, também passa a ser interpretado conforme a normativa constitucional, movimento conhecido na doutrina como “constitucionalização do direito civil”.

A Constituição prefigurou, o regime de relações jurídico-civis, funcionando como promotora de modificações substanciais ao seu conteúdo. Assim pode provocar ou programar modificações do direito civil, quer de forma imediata, derogando, por inconstitucionalidade, preceitos que a infrinjam, quer através de mandatos ao legislador para que dê realização plena aos valores que consagra. Por qualquer das duas formas, o direito civil assume, por influxo constitucional, uma nova configuração, diferente da que, sem ele, teria (Ribeiro, 1998, p. 735).

Afora os demais ramos do direito que passaram por intensas transformações a partir da CRFB/1988, o direito de família sofreu verdadeira ressignificação, em incontestável transformação de valores. Após a promulgação da Carta Republicana, a família abandona seu caráter de instituição, cuja função era procriar e fortalecer o patrimônio, para, então, ser entendida como um ambiente de desenvolvimento da identidade do sujeito. Conforme aduz Tepedino (2004, p. 397), “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade dos seus membros”.

Perlingieri (2002, p. 178-179), nesse sentido, destaca a família como formação social, ou seja, um lugar-comunidade destinado ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes. Possui, portanto, uma função instrumental que visa à promoção de interesses afetivos e existenciais. Conforme destacam Tepedino e Teixeira (2023, p. 181), “merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes”.

Da antiga concepção familiar reduzida ao matrimônio, com o predomínio da figura masculina, exsurge a família contemporânea, fundada na dignidade e na igualdade entre os integrantes do grupo familiar. A partir da nova ordem constitucional, homens e mulheres ocupam a mesma posição de igualdade na estrutura familiar e são mutuamente responsáveis pelos encargos domésticos. Assim: “O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil” (Lôbo, 2007).

Para além da igualdade e da promoção da dignidade humana, a família contemporânea está fundada no princípio da liberdade e da autonomia privada. Aos membros da família incumbem o planejamento familiar, sendo vedada a interferência do Estado e da sociedade (art. 226, § 7º). Isso inclui a escolha de conviver conjugalmente, de ter ou não filhos, de manter ou separar o vínculo familiar e de constituir nova família. Conforme aduz Multedo (2017, p. 208), no âmbito de um Estado Democrático de Direito, onde a realização da dignidade da pessoa humana repousa como valor fundamental, é possibilitado ao próprio casal construir sua ordem familiar, ajustando as regras e valores que regerão a relação. É o chamado direito de família mínimo, no qual o Estado deve intervir minimamente na organização da família, permitindo a plena autonomia dos sujeitos que a compõe. Lôbo (1999, p. 105), sobre o princípio da liberdade familiar, afirma que este constitui-se pelo “[...] livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador”. E mesmo que a família possa ter diversas estruturas e modalidades de organização, ela sempre será finalizada à promoção das pessoas que a integram (Perlingieri, 2002, p. 243-244).

Diante desse contexto, percebe-se facilmente que a família contemporânea se desvincula do caráter de instituição, dando vez à felicidade e à afetividade dos seus membros. E nesse ponto a afetividade desempenhou papel fundamental no novo paradigma familiar. Através do afeto a família deixa de ter um *status* patriarcal para assumir um *status* nuclear (Hironaka, 2013, p. 202), possibilitando que se organize conforme suas necessidades e escolhas. No tocante ao papel do afeto na família, Fachin (1999, p. 289-290) preleciona:

O ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural. Há realmente uma passagem intimamente ligada às modificações políticas, sociais e econômicas. Da superação do antigo modelo da ‘grande-família’, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação.

O afeto tornou-se a essência da família contemporânea, convertendo-a em uma entidade democrática, dando origem a uma pluralidade de novas relações previstas expressamente ou implicitamente no conteúdo “entidades familiares” do art. 226 da CRFB/1988. Conforme destaca Moraes (2013, p. 593), família democrática é o grupo familiar no qual a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada. Segundo a autora, “para a concretização desse processo,

o que mais cumpre ressaltar é a sua pluralidade: o fenômeno familiar não é mais unitário, tendo deixado o casamento de servir de referência única do grupo familiar”.

A família é atualmente uma entidade plural e diversificada, cuja função é atender à dignidade e à personalidade dos sujeitos. Esse contexto familiar democrático somente foi efetivamente alcançado após a promulgação da CRFB/1988, a qual estabeleceu como fundamento supremo a dignidade da pessoa humana. O próximo tópico pretende destacar de forma mais específica as conquistas do direito de família nos trinta e cinco anos da Carta Magna, levando-se em conta o surgimento de novas entidades familiares no decorrer desse período, bem como destacar os desafios que ainda serão percorridos nesse processo de avanços.

3 O DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO: CONQUISTAS E DESAFIOS

O direito de família parece ser o ramo do direito que mais facilmente se pode observar transformações a partir da CRFB/1988. A família tornou-se uma entidade plural, que abandona seu propósito essencialmente patriarcal contido na legislação anterior. A Carta Magna, e posteriormente o CC/2002, ressignificaram o conceito de família, reconhecendo expressamente novas entidades familiares e possibilitando que a doutrina e a jurisprudência pudessem, ao longo dos anos, acolher novos vínculos.

Das conquistas do direito de família previstas expressamente no texto constitucional, destaca-se inicialmente o reconhecimento da união estável como uma entidade familiar, a qual, assim como o matrimônio, gera efeitos jurídicos. Nos termos do art. 226, § 3º, da CRFB “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. A “proteção do Estado” demonstra que a Carta Republicana promoveu uma inversão de valores no campo do direito de família, pois o Estado deixa de adotar o matrimônio como único modelo familiar legítimo, reconhecendo que a união pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, com o intuito de constituir família, também configura uma espécie familiar protegida.

No tocante às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, em 2011 a Corte Suprema proferiu histórica decisão ao julgar a ADI n. 4.277/DF e a ADPF n. 132/RJ, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares. Conforme voto do ministro Marco Aurélio:

Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura

normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I.

Além de reconhecer definitivamente as uniões entre pessoas do mesmo sexo, o histórico julgamento proferido pela Corte Suprema surtiu outros reflexos. Um deles foi o julgamento pelo STJ do Recurso Especial n. 1.183.378, admitindo o processo de habilitação de casamento de duas pessoas do mesmo sexo. Conforme destacado no voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, “Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/88), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas [...]”. Mais tarde, em 2013, o CNJ editou a Resolução n. 175, que veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Ao lado das uniões estáveis, a CRFB/1988 também reconheceu como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Trata-se da chamada família monoparental, já subentendida pela denominação, a qual é formada por apenas um pai ou mãe e seu(s) filho(s). Essa unidade familiar representa verdadeira ruptura do patriarcalismo que perdurou durante toda a vigência do Código Civil de 1916, o qual legitimava a família a partir do casamento, sendo os filhos legítimos aqueles concebidos na constância da união. Alargando o conceito de família, a Constituição da República protege àquelas pessoas que, quer por escolha planejada ou não, cumprem os papéis materno e paterno ao mesmo tempo.

A família monoparental pode ser constituída pelo pai ou mãe em decorrência da viuvez ou mesmo pelo pai ou mãe solteiro que decide ter um filho (Pereira, 2020, p. 23), como o caso da adoção, que pode ser realizada por pessoa maior de dezoito anos independentemente do estado civil, conforme art. 42 da Lei n. 8.069/1990. A monoparentalidade também é comum nos casos de reprodução assistida heteróloga e útero por substituição.

Em que pese reconhecida pelo ordenamento jurídico, essa espécie familiar encontra-se mais vulnerável a dificuldades, pois é formada por apenas uma mãe ou um pai, responsável pelo provimento de seus filhos. Conforme destaca Eduardo Oliveira Leite (2003, p. 292-293):

Os problemas da família monoparental são compatíveis aos de qualquer grupo social que se encontra discriminado devido a dificuldades econômicas. A diminuição do seu lucro ou a permanência do baixo nível de renda, nos levam a admitir que as taxas de pobreza destas famílias são sempre mais altas do que a da restante da população.

[...]

Enquanto o grupo familiar coeso encontra meios de se manter em relativa estabilidade financeira, a monoparentalidade condena seus atores (regra geral) à precariedade que atinge tanto os pais (com maior ou menor intensidade) quanto os filhos.

Assim, é imperioso que o Estado fomente e execute políticas públicas em prol do desenvolvimento digno e sadio de tais entidades familiares. No panorama do direito de filiação, a CRFB/1988 trouxe intensa ressignificação, reconhecendo que todos os filhos, independentemente da origem, são legítimos. Ao reconhecer a plena igualdade entre os filhos no artigo 227, § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, a CRFB/1988 nega qualquer forma de discriminação entre os filhos concebidos na constância do casamento e fora dele. Lôbo (2021, p. 100), sobre o princípio da igualdade entre os filhos, destaca que este representa “[...] o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a filiação, durante o século XX, na progressiva redução de odiosas desigualdades e discriminações, ou do *quantum* despótico na família”.

Nesse aspecto, o estado de filho independe da situação conjugal dos pais. O estabelecimento dos vínculos de parentalidade independe do casamento entre os genitores, havendo clara ruptura entre o projeto reprodutivo e o matrimônio (Almeida, 2018, p. 420).

Da igualdade entre os filhos resulta o reconhecimento da filiação socioafetiva, fundada na posse de estado, que passou a ser tutelada juridicamente e ter garantida todos os direitos relativos ao estado de filiação. A filiação socioafetiva está implícita na cláusula geral “outra origem”, prevista no art. 1.593 do Código Civil e o registro do vínculo socioafetivo ocorre mediante a comprovação dos elementos que compõem a posse de estado, especialmente o tratamento e a convivência pública, além da demonstração inequívoca da vontade de exercer a paternidade/maternidade. Sobre a filiação socioafetiva, Perlingieri (2002, p. 244) destaca: “O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”.

Considerando a importância do reconhecimento da socioafetividade, e visando desburocratizar o processo de reconhecimento da filiação, o Provimento do CNJ n. 63/2017, alterado posteriormente pelo Provimento n. 83/2019, permitiu que o processo de reconhecimento da filiação socioafetiva ocorra diretamente em cartório.

Essas alterações ocorridas no âmbito do direito de filiação, sobretudo com o reconhecimento do parentesco socioafetivo e seus efeitos, promoveram reflexões na doutrina e na jurisprudência em relação à possibilidade jurídica da formação de laços parentais afetivos e biológicos de forma simultânea. A discussão ganhou tamanha amplitude que chegou até o STF em setembro de 2016 (Tema n. 622). Na oportunidade, a Corte Suprema, em decisão

paradigmática envolvendo o direito de filiação, fixou a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

No julgamento, a Suprema Corte brasileira rechaçou qualquer hierarquia entre as formas de parentalidade, decidindo que ambas, biológica e socioafetiva, podem coexistir de forma simultânea, dando origem ao que se denomina multiparentalidade. Em comentários sobre a decisão, Schreiber e Lustosa (2016, p. 849) afirmam que esta “revelou-se corajosa e ousada, exprimindo clara ruptura com o dogma antiquíssimo segundo o qual cada pessoa tem apenas um pai e uma mãe.” Em um cenário familiar com excessivo preconceito em razão de questões religiosas, sociais e morais, a Corte Extraordinária adotou um posicionamento absolutamente contrário à antiga concepção tradicional de família fundamentada pela verdade genética.

A decisão representa importante avanço para o direito de família, que passa a reconhecer a filiação tanto a partir de origens sanguíneas como também afetivas, sem qualquer preponderância entre ambas, o que significa que podem coexistir de forma simultânea. O voto do Ministro Relator Luiz Fux expressa bem esse entendimento: “Nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.”. O reconhecimento da multiparentalidade garante a plena dignidade do filho e assegura o princípio da parentalidade responsável previsto no art. 226, 7º, da Constituição da República, na medida em que todos os pais, sejam eles biológicos ou socioafetivos, devem colaborar para o pleno desenvolvimento do filho.

Existem, por evidente, indagações principalmente no que toca aos aspectos sucessórios do reconhecimento dos múltiplos vínculos parentais, tais como a sucessão entre ascendentes caso o filho faleça antes dos pais. Também se discute sobre o reconhecimento da multiparentalidade *post mortem*. Essas situações, por razões óbvias, não foram regulamentadas originalmente no CC/2002, que não prevê a possibilidade jurídica de uma pessoa possuir mais de dois pais no assento de nascimento. Caberá à doutrina e a jurisprudência familista a solução para estes e outros problemas práticos envolvendo situações de multiparentalidade enquanto nada dispuser a legislação infraconstitucional.

No processo de alargamento das entidades familiares, a jurisprudência tem reconhecido também as famílias anaparentais, constituídas por parentes tais como irmãos, primos, ou sujeitos que possuam uma relação de parentesco, sem, contudo, ascendência ou descendência e sem haver conjugalidade entre eles (Pereira, 2020, p. 23). Conforme explica Madaleno (2020, p. 10), “o propósito desse núcleo familiar denominado anaparental não tem nenhuma conotação

sexual como sucede na união estável e na família homoafetiva, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar”.

No tocante a essa forma de família, a jurisprudência tem se manifestado favorável ao seu reconhecimento. Nesse sentido, a Corte Superior já decidiu que “a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual *status* [...]” (Brasil, 2012).

Existem, assim como na multiparentalidade, discussão sobre os efeitos jurídicos gerados na família anaparental. Indaga-se, por exemplo, se é possível que, no caso de duas irmãs que convivam juntas, uma delas herde a metade do patrimônio no caso de falecimento da outra, aplicando por analogia às regras da união estável. Em outras palavras, a irmã sobrevivente passa a ser considerada herdeira necessária contemplada no rol do artigo 1.845 do Código Civil?

Já tendo a jurisprudência se manifestado em relação ao reconhecimento da família anaparental, parece que a resposta a questionamentos como o acima destacado não está longe de uma análise mais aprofundada pela jurisprudência. Trata-se, em verdade, de mais um desafio, além de tantos outros que o direito de família deve se debruçar. Situações familiares como o caso da família anaparental e multiparental são uma realidade presente, e cabe ao direito de família o desafio de criar mecanismos para que os direitos dos envolvidos no grupo familiar estejam protegidos. O que se destaca novamente é a amplitude do art. 226 da CRFB/1988, que possibilitou o surgimento de diversas entidades familiares além do tradicional vínculo estabelecido pelo matrimônio. Nesse aspecto, Fachin (2012, p. 162) defende:

Todas as uniões, em igual dignidade jurídica, são fontes de relações das famílias; e, uma vez que erigidas sobre o afeto, negar-lhes efeitos jurídicos importa em negar o desenvolvimento da personalidade das pessoas que nelas se relacionam, que nelas buscam o seu desenvolvimento; enfim, que nelas almejam a construção de si próprias.

Outra espécie familiar que se mostra uma realidade presente no cenário familiar contemporâneo, embora não reconhecida legalmente, diz respeito às chamadas uniões poliafetivas. Como o próprio nome sugere, essa entidade familiar é composta por três ou mais pessoas que convivem conjugalmente, com o objetivo de constituir família.

O registro pioneiro de uma união poliafetiva ocorreu no Cartório de Notas de Tupã, cidade localizada no interior do Estado de São Paulo. A Escritura Declaratória de União Poliafetiva foi lavrada em razão do relacionamento entre duas mulheres e um homem. Todavia, devido ao aumento dessas relações, o Conselho Nacional de Justiça proibiu a lavratura dessas escrituras, principalmente por entender que a sociedade brasileira não incorporou a união

poliafetiva como forma de constituição familiar, e também o fato de o país adotar a monogamia como elemento estrutural dos relacionamentos conjugais.

A decisão sofreu severas críticas por parte da doutrina, que considera uma intromissão indevida do Estado na esfera da liberdade e da intimidade das pessoas. Para grande parte dos autores familistas, as uniões públicas e estáveis formadas por três ou mais pessoas, com o objetivo de constituir família, equivale a uma união estável, apenas diferenciado em relação ao número de integrantes. Logo, quando configurada, tal relação deve surtir efeitos jurídicos.

Se no exercício de sua liberdade há aqueles que desejam estabelecer projeto de conjugalidade que não se enquadre no padrão estatal da monogamia, tal exercício há de lhes ser assegurado, sob pena de ofensa ao próprio princípio constitucional da liberdade (Silva, 2013, p. 308-309).

Felizmente o direito de família tem transcorrido um processo de constante transformação, com a ruptura de valores tradicionais que impediam a plena realização dos sujeitos. Diante disso, o reconhecimento do poliamor não parece ser uma realidade tão distante.

Como visto, a família percorreu ao longo dos trinta e cinco anos de CRFB/1988 intensas modificações em seu conceito e na sua estrutura. A família é atualmente instrumentalizada em favor dos sujeitos que a compõe, permitindo que estes possam estabelecer seus projetos conjugais e parentais da forma que promova sua dignidade e existencialidade.

Essa resignificação da família, atrelada ao reconhecimento de maior autonomia às pessoas, repercutiu no surgimento de entidades familiares diversas do período anterior. Por outro lado, trouxe desafios ao direito de família, especialmente no que toca à regulamentação dos efeitos jurídicos desses novos vínculos e no reconhecimento de outras relações ainda não tuteladas por razões morais. Certamente, com a continuidade do trabalho da doutrina e da jurisprudência, o direito de família saberá lidar com os desafios presentes e futuros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos trinta e cinco anos de CRFB/1988, a família percorreu intensas transformações, seja no próprio conceito, como também na sua composição. A concepção tradicional de família como instituição patriarcal, hierarquizada, heterossexual e de viés eminentemente patrimonial dá lugar à uma entidade democrática, cuja função precípua é promover a dignidade dos sujeitos. Por isso mesmo é possível afirmar que a família foi

“ressignificada”, alcançando novos valores dentre os quais o desenvolvimento da personalidade e da dignidade dos membros que a compõe e constituem premissa fundamental.

O termo “família democrática” decorre da pluralidade de novas entidades familiares que foram e continuam sendo reconhecidas no campo jurídico, tendo deixado o direito de tutelar apenas a família matrimonial. O objeto do direito de família não é mais a proteção da paz doméstica, deslocando-se para a realização dos próprios sujeitos integrantes do grupo familiar, que dispõem de autonomia para estabelecer seu projeto de vida conjugal e parental, sem interferência do Estado e da sociedade.

A família se configura atualmente como um reduto de promoção de afetividade, sendo um local em que as pessoas se realizam existencialmente. O maior exemplo de tal constatação foi o acolhimento constitucional da união estável, pública, duradoura e com o objetivo de constituir família, como entidade familiar ao lado do matrimônio. Anos depois, em histórica decisão, o Supremo Tribunal Federal admitiu a união homoafetiva.

Também de forma expressa, foi reconhecida como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. As famílias monoparentais, como mencionado, podem surgir através de diferentes situações, embora necessitem de maior proteção do Estado, considerando a dificuldade financeira de manutenção dessa família. Tal espécie familiar também demonstra uma ruptura de paradigmas anteriores, já que nela não se faz presente o vínculo matrimonial, em que pese existir solidariedade e estabilidade, formando um núcleo familiar fundado na afetividade.

No tocante à filiação, a CRFB/1988 foi o marco histórico para atribuir direitos a todos os filhos. O reconhecimento da plena igualdade entre os filhos, havidos ou não do matrimônio, afasta por completo a discriminação entre prole legítima e ilegítima. Toda espécie de filiação, independentemente da origem, possui a mesma igualdade e merece proteção do Estado. A filiação socioafetiva, calcada na posse de estado de filho, é reconhecida pelo ordenamento jurídico na cláusula geral “outra origem”, do art. 1.596 do Código Civil, tendo reconhecida todos os direitos existenciais e patrimoniais decorrentes do estado de filiação.

A plena igualdade entre os filhos também foi o fundamento do reconhecimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal em 2016 (Tema n. 622), que admitiu a possibilidade da parentalidade simultânea, formada a partir de vínculos biológicos e socioafetivos. Embora algumas questões práticas ainda estejam pendentes de discussão, a multiparentalidade é admitida no ordenamento jurídico, decorrendo, para além da igualdade entre os filhos, do princípio da parentalidade responsável.

Na sequência, outra entidade familiar não prevista expressamente no ordenamento jurídico, mas já reconhecida pela jurisprudência diz respeito às chamadas famílias anaparentais. Há, como na multiparentalidade, discussão sobre os efeitos jurídicos, principalmente na separação da família e na sucessão.

Por fim, há, ainda, uniões que, por concepções morais e religiosas, não receberam tutela do ordenamento jurídico, embora já sejam uma realidade presente na sociedade. Trata-se das chamadas uniões poliafetivas ou poliamorosas, ainda sem reconhecimento do Estado em razão do primado da monogamia.

De qualquer modo, considerando que o direito deve adequar-se à realidade social, e levando-se em conta a trajetória de conquistas da família desde o final do século XX, o reconhecimento das uniões poliafetivas e de outras uniões que surgirão no decorrer dos anos, não parece ser uma realidade distante.

Da mesma forma, eventuais controvérsias envolvendo efeitos jurídicos jamais podem impedir o reconhecimento e tutela jurídica de novos vínculos familiares. A resposta a problemas práticos constitui desafios ao direito de família, que deverá solucioná-los sempre levando em conta o fundamento maior do ordenamento jurídico que é a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vitor. O Direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. *In*: HIRONAKA, Giselda; SANTOS, Romualdo Baptista dos (coord.). **Direito Civil: Estudos. Coletânea do XV encontro dos grupos de pesquisa – IBDCIVIL**. São Paulo: Blucher, 2018.
- BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 14, p. 5-10, jul./set. 2002.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Família, sociedade e educação: um ensaio sobre individualismo, amor líquido e cultura pós-moderna. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 591-610, jan./dez. 2007.
- BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Relator Ministro Ayres Brito. Brasília, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 05 ago. 2023.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 02 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378/RS**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012. Acesso em: 07 ago. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.217.415/RS**. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Brasília, 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001844760&dt_publicacao=28/06/2012. Acesso em: 05 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 07 ago. 2023.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o Público e o Privado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: entre o público e o privado**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.

GHILARDI, Dóris. A possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade: vínculo biológico X vínculo socioafetivo, uma análise a partir da AC nº 2011.027498-4 do TJSC. **Revista brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 15, n. 36, p. 63-78, out./nov. 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 108, p. 199-219, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983>. Acesso em: 14 ago. 2021.

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista CEJ**, Brasília, v. 8, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. *In*: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2007, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: IBDFAM/Lumen Juris, 2007.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705>. Acesso em: 05 ago. 2023.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, 1998.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/5824>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SILVA, Marcos Alves. **Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família**. Curitiba: Juruá, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In*: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHOS DE BRASILEIROS NO EXTERIOR: DA EXTENSÃO DO CRITÉRIO *IUS SANGUINI* AO SERVIÇO NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Letícia Lopes Borja¹

Isabel Rodrigues de Meneses²

RESUMO: Tendo em vista as discussões que giram em torno da extensão da expressão “estar à serviço da República Federativa do Brasil” para fins de atribuição da nacionalidade brasileira aos filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro, a presente pesquisa propõe enquanto problemática o seguinte questionamento: são brasileiros os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, quando qualquer deles está a serviço da Administração Indireta? Para responder essa pergunta, foram eleitos três objetivos específicos, quais sejam, (i) analisar as hipóteses de aquisição de nacionalidade no Brasil; (ii) averiguar as especificidades da aquisição da nacionalidade brasileira pelo critério *ius sanguini*; e (iii) verificar a extensão da expressão “estar à serviço da República Federativa do Brasil” para fins de atribuição da nacionalidade brasileira. Metodologicamente, valer-se-á de um método lógico-dedutivo, baseado em uma pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa. Ao final, notou-se que a totalidade do referencial doutrinário encontrado expressa um posicionamento convergente no sentido de que o aludido dispositivo também incide seus efeitos sobre aqueles que estão à serviço da Administração Indireta, seja ela federal, estadual ou municipal, implicando, assim, em uma tendência de interpretação que expande a atribuição da nacionalidade primária brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: direito internacional; direito constitucional; nacionalidade.

INTRODUÇÃO

A nacionalidade – ora vista como uma relação jurídica, ora como um laço moral – desempenha um papel fundamental na determinação dos direitos e responsabilidades do indivíduo, incluindo o acesso a serviços públicos, votação e proteção consular no exterior. Nesse contexto, é possível afirmar que a nacionalidade é mais do que apenas uma designação legal: é também um componente essencial da identidade de uma pessoa e sua conexão com a comunidade em que ela se insere.

No Brasil, a nacionalidade pode ser adquirida por nascimento ou por meio de processos legais, como a naturalização. Uma das formas de se adquirir a nacionalidade por nascimento,

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6127647534294314>. E-mail: leticialborja@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1807410436624602>. E-mail: isabel.rodmeneses@gmail.com.

de acordo com o art. 12, I, “b” da Constituição Federal, se concretiza nos casos dos “nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil”. Dúvidas surgem, no entanto, quanto à extensão desse dispositivo.

Diante disso, o presente trabalho propõe enquanto problemática de pesquisa o seguinte questionamento: São brasileiros os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, quando qualquer deles está a serviço da administração indireta? Ou, em outras palavras, qual a extensão da expressão “estar à serviço da República Federativa do Brasil”, para fins de atribuição da nacionalidade brasileira aos filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro?

Para responder tal problemática, foram eleitos três objetivos específicos, os quais incluem (i) analisar as hipóteses de aquisição de nacionalidade no Brasil; (ii) averiguar as especificidades da aquisição da nacionalidade brasileira pelo critério *ius sanguini*; e (iii) verificar a extensão da expressão “estar à serviço da República Federativa do Brasil” para fins de atribuição da nacionalidade brasileira.

No que concerne à metodologia desenvolvida, será empregado o método lógico-dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica baseada em livros, artigos e outros materiais acadêmicos concernentes ao tema sob análise. Ademais, será utilizada uma abordagem qualitativa para a análise das fontes, com ênfase na compreensão e interpretação dos dados coletados.

A pesquisa se justifica em razão das implicações legais, sociais e culturais associadas à nacionalidade, bem como em virtude das implicações diretas que as conclusões aqui atingidas podem gerar sobre os direitos dos indivíduos que possivelmente se enquadram – ou não – na hipótese constitucional aqui investigada.

Ao final, espera-se fornecer subsídios teóricos que contribuam para a compreensão do tema, que apesar de sua relevância, ainda é escassamente explorado pela doutrina e jurisprudência nacional.

1 DA AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE NO BRASIL

Consoante aponta Resek (2022), a nacionalidade corresponde à dimensão humana do Estado, assumindo o papel de elemento diferenciador entre seus nacionais e os estrangeiros. Nesse contexto, é possível definir tal condição como sendo o “[...] estado de dependência

(originário ou derivado) de um indivíduo a uma determinada comunidade politicamente organizada” (Mazzuoli, 2020).

Além de disciplina jurídica do direito interno, a nacionalidade é também considerada um princípio geral de direito das gentes, expressamente previsto no art. 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), o qual estabelece que “Todo ser humano tem direito a uma nacionalidade”, bem como que “Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”.

A universalidade da nacionalidade, todavia, não implica em uniformidade, uma vez que os processos históricos de construção e desenvolvimento do conceito não são iguais, variando conforme a realidade social de cada região. As nacionalidades europeias, por exemplo, tiveram origem nos séculos XVIII e XIX, enquanto que as africanas e sul americanas só vieram a se desenvolver entre o final do século XIX e meados do século XX (Ruben, 1984 apud Herani, 2011).

Nesse panorama, levando em conta os valores principiológicos e costumeiros abonados pelo Direito Internacional, cabe ao Estado legislar sobre a nacionalidade dos seus indivíduos da maneira que lhe aprouver, em acordo ao princípio da “atribuição estatal da nacionalidade”. No Brasil, tal disciplina é matéria formal e materialmente constitucional, encontrando-se regulada pelos arts. 12 e 13 da Constituição Federal de 1988, que estabelece normas básicas e princípios gerais em torno do tema.

A importância do instituto deriva das garantias que dele decorrem, a exemplo do direito de entrar e residir no país, do fato de que apenas o nacional possui direitos políticos e acesso às funções públicas, a obrigação de prestar serviço militar, a proibição de ser expulso ou extraditado, dentre outras particularidades.

Em linhas gerais, a nacionalidade pode ser originária, quando resulta do nascimento, ou adquirida, quando provém de mudança da nacionalidade anterior (Accioly, 2016). Dessa forma, à luz do ordenamento nacional, são os primeiros definidos como sendo “brasileiros natos”, enquanto os segundos constituem os chamados “brasileiros naturalizados”.

No que toca à nacionalidade originária, esta é involuntária, podendo resultar do local de nascimento dos indivíduos – a partir da aplicação do critério *ius solis* – ou da nacionalidade dos pais à época do nascimento – consoante emprego do critério *ius sanguinis*. Em geral, quase nenhum Estado adota uma ou outra regra rigidamente, sendo muito mais comum a opção de um dos aludidos critérios como regra geral, admitindo-se exceções permissivas de atribuição de nacionalidade pelo outro (Mazzuoli, 2020).

Nesse quadro, o art. 12 do texto constitucional elenca quatro hipóteses taxativas de aquisição da nacionalidade originária. A primeira delas, contida na alínea a, determina que a criança nascida no Brasil será brasileira nata, ainda que filha de estrangeiros, salvo se estes estiverem a serviço do seu país.

Essa primeira hipótese, fundada no critério territorial, é a principal e a mais larga dentre as vias de atribuição da nacionalidade (Resek, 2022). Comporta, no entanto, exceções, referentes aos casos em que os pais são estrangeiros e estejam a serviço do seu próprio país, situação na qual prevalecerá a nacionalidade dos genitores, embora a criança possa ser registrada no Brasil, sem que isso possa induzir à nacionalidade. Contudo, se estiverem a serviço de outro Estado que não seja o seu próprio de origem, a criança será brasileira (Ruenreang, 2018).

A segunda hipótese se baseia no critério *ius sanguini*, ao estabelecer que serão brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil. Tal hipótese, no entanto, será melhor delineada na seção subsequente da presente pesquisa.

Por fim, na alínea c, fruto da Emenda Constitucional nº 54 de 2007, há a previsão de que também são brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desvinculados do serviço público, desde que registrados no consulado local, ou, quando não registrados, desde que venham a residir no território nacional e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

No primeiro caso, vê-se que a nacionalidade originária já é assegurada pelo mero registro na repartição brasileira competente. Neste último caso, por outro lado, ao atingir a maioridade, o indivíduo deverá manifestar a sua opção e, caso não o faça, sua condição de brasileiro nato restará suspensa, até o momento em que a reconheça, em juízo, por meio de um processo de jurisdição voluntária de caráter personalíssimo.

Seguindo-se, vale sublinhar que a Constituição também prevê modalidades de aquisição da nacionalidade secundária por meio da naturalização, a qual se subdivide em ordinária, extraordinária, especial e provisória, a depender dos requisitos fixados. Todas, diferentemente da nacionalidade originária, dependem da manifestação de vontade do indivíduo, consistindo em um acordo de vontades entre o indivíduo e o Estado (Resende, 2022).

Traçado este panorama geral acerca dos modos de aquisição de nacionalidade no Brasil, passa-se a focar agora no critério *ius sanguinis* associado ao elemento funcional, concentrando-se nas particularidades do art. 12, alínea b, da Constituição.

2 DO CRITÉRIO *IUS SANGUINI* DE AQUISIÇÃO DE NACIONALIDADE

O critério do *ius sanguinis*, também conhecido como “direito de sangue” ou “vínculo de sangue”, possui origem milenar, estando calcado na função social desempenhada pela família como núcleo central da sociedade na Antiguidade, a qual muitas vezes constituía até mesmo um prolongamento do próprio Estado. Isto é, entendia-se que o indivíduo pertencia primeiro à família, e só depois ao Estado (Fontoura, 2021).

Em linhas gerais, tal critério determina que a nacionalidade se transmite através da ascendência e da ancestralidade, independentemente do lugar de nascimento da pessoa. Ou seja, a nacionalidade dos filhos é estabelecida com base na nacionalidade dos pais (Filomeno, 2012 apud Fontoura, 2021).

Atualmente, o critério *ius sanguinis* é largamente adotado pelos povos europeus, uma vez que permite a manutenção de vínculos com cidadãos no exterior mesmo quando seus descendentes já perderam o contato (Weil, 2010). Muitos países com uma forte tradição de *ius sanguinis*, inclusive, permitem que os seus cidadãos transmitam a sua cidadania a crianças nascidas no estrangeiro ao longo de várias gerações (Baubock, 2005). Em verdade, o que tais países temem é o êxodo como causa de despovoamento e debilitação industrial e militar, de modo que se busca dar aos filhos de seus emigrantes a condição de nacional seu (Mazzuoli, 2020).

Por outro lado, nos povos americanos, incluindo o Brasil, predomina a edição de leis baseadas no critério *ius solis* (ou direito do solo), haja vista as raízes imigratórias de sua formação (Willens, 1946) e a necessidade de estabelecimento de uma massa demográfica nacional.

Nesse contexto, vale salientar que, costumeiramente, já é prática generalizada a exclusão da atribuição de nacionalidade *ius solis* aos filhos de agentes de Estados estrangeiros, sejam eles diplomatas, cônsules, ou membros de missões especiais. Essa prática vem acompanhada por uma *opinio juris*, na medida em que os Estados a prestigiam na convicção de sua necessidade e justiça. A sustentação dessa regra parte da premissa de que o filho de agentes estrangeiros tem, por certo, um outro vínculo patrial — resultante da nacionalidade dos pais e da respectiva função pública —, tendente a merecer sua preferência (Resek, 2022).

Conforme visto na seção anterior, a alínea b do inciso I do art. 12 da Constituição Federal abre uma exceção ao princípio do *ius solis*, ao dispor que serão também brasileiros

natos, independentemente de toda formalidade, os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, quando ao menos um deles esteja a serviço do Brasil.

Segundo Moreno (2011), esse preceito constitucional associa o critério sanguíneo com o fator funcional, além de constituir uma simetria com o final da alínea a do mesmo dispositivo, uma vez que o filho de estrangeiro a serviço de seu país não adquire a nacionalidade brasileira ao nascer no território brasileiro. Assim, análoga e complementarmente, o filho de brasileiro a serviço do Brasil no estrangeiro é brasileiro nato ao nascer no estrangeiro.

Para Mazzuoli (2020), tal hipótese consiste em um *ius sanguini* impuro, uma vez que permite que apenas um dos pais, seja o pai ou a mãe, indistintamente, seja brasileiro, podendo o outro ser estrangeiro. Também não importa se esse genitor é um brasileiro naturalizado, uma vez que não é requisito para estar a serviço do Brasil no exterior a qualidade de cidadão nato.

Dessa forma, o indivíduo não precisa praticar nenhum ato posterior ao seu nascimento no exterior, sendo suficiente a comprovação de que um dos pais, sejam eles brasileiros natos ou naturalizados, estava a serviço do Brasil naquele país (Moreno, 2011). Além disso, não importa que o cogenitor seja estrangeiro, e menos ainda importa, nesta hipótese, sua eventual preeminência no quadro do serviço público de seu país (Resek, 2022).

Traçados tais pressupostos, cumpre agora investigar se este “serviço” referido pelo texto constitucional se refere apenas à Administração Direta, ou se estende-se também à Administração Indireta brasileira.

3 DA EXTENSÃO DO CRITÉRIO *IUS SANGUINI* AO SERVIÇO NA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

Os principais institutos do direito administrativo brasileiro encontram-se dispostos na Constituição Federal de 1988, a qual também determina aspectos sobre sua estrutura. Esta compreende a divisão da Administração Pública em “direta” e “indireta”. A primeira compõe-se apenas dos entes federados previstos na Carta Magna, quais sejam a União, os Estados, Municípios e Distrito Federal. Tais entidades dividem-se em diversos órgãos, sendo estes responsáveis pela prestação de serviços públicos (como educação e saúde), execução de funções públicas (diplomacia e forças armadas por exemplo) e aplicação do poder de polícia (Heinen, 2022).

A Administração Pública indireta, por sua vez, abrange as autarquias; fundações públicas; associações derivadas e consórcios públicos; empresas públicas; e sociedades de

economia mista. Conforme Heinen (2022), as referidas entidades foram criadas de forma externa à Administração Pública direta, isto é, originaram-se paralelamente aos entes federados, bem como não se restringem à execução do poder de polícia e à prestação de serviços públicos, posto que também exercem atividades econômicas. Nesse último caso, são as pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública indireta, como o Banco do Brasil, que desempenham tais funções.

Diante do exposto, verifica-se que a estrutura de gestão do Estado se estende para além da União, dos Estados, Municípios, Distrito Federal e dos seus respectivos órgãos. Desse modo, sob o ponto de vista da nacionalidade originária, conforme o art. 12, I, alínea b da Constituição Federal, é cabível averiguar a extensão do termo “a serviço da República Federativa do Brasil”. Isso porque tanto a Administração Pública direta como a indireta possuem, entre suas funções, a execução de serviços alinhados ao interesse público e aos objetivos do governo.

Nesse sentido, a fim de melhor delinear a citada hipótese de aquisição de nacionalidade brasileira sob o critério do *ius sanguini*, torna-se viável elencar entendimentos doutrinários sobre o tema. Assim sendo, segundo José Afonso da Silva (2016), clássico doutrinador de Direito Constitucional, a regra de ser brasileiro nato os nascidos de pai brasileiro ou de mãe brasileira a serviço do Brasil compreende serviços de qualquer entidade de Direito Público brasileira, seja ela da União, Estado, Município ou Distrito Federal, estendendo-se até mesmo para entidades da administração indireta.

Logo, o critério do *ius sanguini*, no contexto apresentado, aplica-se como meio de vincular ao Brasil o nascido de genitor brasileiro a serviço de seu país. Consequentemente, vislumbra-se, nesse cenário, o propósito de favorecer a aquisição da nacionalidade primária (Silva, 2016).

Em uma perspectiva semelhante ao jurista supracitado, Carmen Tiburcio (2014) interpreta que o legislador constituinte optou por uma concepção extensiva de brasileiro nato, tendo em vista que basta o pai ou mãe ser brasileiro e estar a serviço do país para que a criança adquira a nacionalidade. Esse serviço independe de sua natureza, ou seja, de sua vinculação à Administração Pública direta ou indireta, bem como não se condiciona ao fato de o trabalho ser temporário ou permanente.

Nesse panorama, Tiburcio (2014) afirma que deve ser atribuída a interpretação mais favorável à aquisição da nacionalidade brasileira, sendo incabível que o intérprete crie restrições até então inexistentes na Constituição Federal. Isso posto, a criança será brasileira nata mesmo que o pai brasileiro ou mãe brasileira esteja no exterior a serviço da Administração

Pública indireta do Brasil. Também obterá nacionalidade originária o nascido de brasileiro ou brasileira no estrangeiro em virtude de trabalho temporário na Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

Destaca-se, ainda, o entendimento de Mazuolli (2020), segundo o qual o “serviço da República Federativa do Brasil” referido no inciso I, alínea b do art. 12 da Constituição deve ser compreendido em sentido largo, a fim de abranger qualquer função advinda dos poderes da União, dos Estados e dos Municípios, além das autarquias. Para o autor, esse conceito também deve ser ampliado aos serviços que o Brasil participa nas Organizações Internacionais das quais é integrante.

Em consonância com esse pensamento, Gilmar Mendes (2007), atual ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, aduz que a expressão do texto constitucional ora analisada não se restringe à atividade diplomática concernente ao Poder Executivo, dado que compreende qualquer função derivada das atividades da União, dos Estados, dos Municípios e de suas autarquias. O ministro também menciona o entendimento de Resek (2018), o qual, de forma semelhante a Mazuolli (2020), aponta que “serviço do Brasil” constitui também aquele exercido em organização internacional da qual a República faça parte.

Essa análise do texto constitucional de aquisição de nacionalidade presente no art. 12, I, alínea b manteve-se presente entre doutrinadores contemporâneos. Acerca do tema, ressalta Masson (2020, p. 472):

[...] estar a serviço do país significa desempenhar uma função ou prestar um serviço público de natureza diplomática, administrativa ou consular, a quaisquer dos órgãos da administração centralizada ou descentralizada (como as autarquias, as fundações e as empresas públicas e sociedades de economia mista) da União, dos Estados-membros, dos Municípios ou do Distrito Federal.

Traz-se, somando ao exposto, as considerações desenvolvidas na pesquisa de Victória Ruenruang (2018). Para esta, o termo “a serviço do Brasil”, previsto na alínea “b” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal, refere-se àqueles que “tenham vínculo, permanente ou temporário, com o Estado Brasileiro, não importando se é com a União, Estado, Distrito Federal ou Município, seja na administração direta ou indireta, deve estar apenas ligado funcionalmente com o Brasil” (Ruenruang, 2018, p. 30).

Por conseguinte, tendo em vista as ponderações anteriormente apontadas acerca da extensão do termo “a serviço da República Federativa do Brasil”, observa-se que a interpretação

desse critério tende a ser mais ampla. Esse entendimento do texto constitucional tem por finalidade “[...] proteger aqueles que saem do seu país em virtude da prestação de serviço para seu Estado e constroem fora do seu território de origem a sua vida, formando família e vínculos.” (Bonani, 2014, p. 39).

Além desse amparo promovido aos genitores, observa-se uma preocupação do legislador constituinte com a própria criança nascida em território estrangeiro em decorrência da mãe brasileira ou do pai brasileiro estarem a serviço do seu país. Afinal, garantir a condição de brasileiro nato ao nascido nessa realidade impede que esses filhos sejam estrangeiros em seu próprio lar, dado que o motivo principal para o seu nascimento em outro país foi o serviço público prestado ao Brasil por um dos genitores, sem o qual caberia supor que a criança nasceria em território nacional (Mazuolli, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da análise realizada ao longo da pesquisa, depreende-se a tendência do texto constitucional de 1988 e dos doutrinadores do Direito em conceber e interpretar de forma mais ampla a concessão da nacionalidade brasileira. De forma mais específica, no que tange à condição de brasileiro nato, consoante hipótese do art. 12, I, alínea b da Carta Magna, observa-se a extensão do termo “a serviço da República Federativa do Brasil” para além da Administração Pública direta, qual seja os entes da federação e os órgãos a eles atrelados.

Nesse sentido, conforme a doutrina clássica de Direito Constitucional, assim como ainda afirmam juristas e pesquisadores contemporâneos, a condição de estar a serviço do país compreende também a Administração Pública indireta da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Somado a isso, enquadra-se nesse cenário os pais ou mães brasileiras que tiveram filhos em território estrangeiro em virtude da prestação de serviços para organizações internacionais das quais o Brasil participa.

Essa interpretação extensiva reflete a proteção jurídica em favor dos direitos humanos direcionada às crianças e aos genitores brasileiros que se encontram em outro país por interesse do próprio serviço público brasileiro. Tal aspecto advém do fato de a nacionalidade ser um direito fundamental e imprescindível para o indivíduo, bem como para o próprio Estado. Isso porque, dentre outros elementos, a figura estatal é constituída pelo povo. Este, por sua vez, vincula-se ao seu Estado mediante a nacionalidade, obtendo proteção jurídica diplomática,

evitando a apatridia e tendo acesso a diversas garantias essenciais para a vida em sociedade, a exemplo do direito de residir em um país.

Constata-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro não se restringe ao critério do *ius solis*, posto que viabilizou a aquisição da nacionalidade primária em face do *ius sanguinis* e da condição funcional do brasileiro ou brasileira que teve filhos no exterior. Sendo assim, essa estrutura de obtenção de nacionalidade brasileira, especialmente no que tange à hipótese estudada, atende ao direito à nacionalidade garantido pela Declaração dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, sendo indispensável que a sua aplicação em casos concretos assim permaneça a fim de assegurar esse direito humano.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONANI, Suellen Aparecida. **Nacionalidade originária e por naturalização: uma perspectiva luso-brasileira**. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses) – Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

FONTOURA, Felipe Maldonado. **Nacionalidade versus extradição no caso Cláudia Sobral: um novo contorno para uma antiga problemática**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2021.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

HERANI, Renato Gugliano. Nacionalidade potestativa após a Emenda Constitucional 54/07. **Videre**, Dourados, v. 3, n. 5, p. 129-156, 2011.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Gilmar. Direito de nacionalidade e regime jurídico do estrangeiro. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 141–154, 2007.

MORENO, Ricardo Menezes. **A nacionalidade dos filhos de brasileiros nascidos no estrangeiro: aspectos jurídicos e evolução legislativa no Brasil**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2011.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948.

RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

RESEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

RESENDE, Laura Borges de. **Perda de nacionalidade brasileira por mera naturalização: aspectos jurídicos e práticos à luz da PEC nº 16 de 2021**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2023.

RUENREANG, Victória Alves. **Hipótese (in)constitucional de nacionalidade brasileira**. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TIBURCIO, Carmen. A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro. **Cosmopolitan Law Journal**, v. 2, n. 1, p. 131-167, jun. 2014.

WEIL, Patrick. A new strategic link between the Nation-State and the Citizen: a multidimensional citizenship in a globalized world. **Publications de L'École des Hautes Études en Sciences Sociales**, 2010.

NOVAS CONCEPÇÕES SOBRE O DIREITO DAS FAMÍLIAS E SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS NOS 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Heitor Moreira de Oliveira¹

Lara Ferrari de Castro²

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao longo dos anos, tanto no âmbito do Direito das Famílias quanto no âmbito do Direito dos Animais, vem proporcionando avanços significativos. Nessa perspectiva, no presente artigo científico, a partir do método hipotético-dedutivo, busca-se analisar o tipo de entidade familiar denominado de família multiespécie e outras questões constitucionais concernentes ao Direito das Famílias e ao Direito dos Animais. Especificamente, o objetivo consiste em traçar um caminho hábil para a resolução de conflitos relativos ao destino dos animais de companhia nas situações em que há o término do casamento ou da união estável. Tal caminho perpassa pela regulamentação legislativa específica, entretanto, na falta de legislação própria, a sistemática aplicável às crianças e aos adolescentes é cabível por meio de analogia. Assim, sob a óptica constitucional, abre-se espaço para a superação da clássica concepção civilista de que os animais não humanos são bens.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição de 1988; animais de companhia; família multiespécie; término do casamento ou da união estável.

INTRODUÇÃO

Em Vidas Secas, obra literária de Graciliano Ramos, são expostos diversos aspectos da vida de uma família que enfrenta, no sertão nordestino, dificuldades.

Certas características estruturais da história se destacam, tal como a detalhada descrição dos elementos da natureza, inclusive com a utilização de termos específicos, o que possibilita a percepção do ambiente no qual se desenrolam os acontecimentos.

Outro traço marcante da obra consiste na divisão do conteúdo em blocos, havendo destinação específica para cada capítulo. Tal disposição, contudo, não prejudica o desenvolvimento do texto, que apresenta início, meio e fim, coincidentes com a jornada da

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2964405138464732>. E-mail: heitor.ufg@gmail.com.

² Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Voluntária no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Link do Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0925423517780577>. E-mail: lara.ferrari.c@bol.com.br.

família de mudança, estabilização e nova mudança, de maneira a acompanhar as intempéries climáticas da seca rigorosa.

Além disso, os integrantes da família consistem em Fabiano, em Sinhá Vitória, no menino mais velho, no menino mais novo e na cachorra Baleia. Na obra, enquanto os humanos, em muitos momentos, são animalizados, com discursos monossilábicos, Baleia é humanizada, com pensamentos críticos. O referido animal de companhia é tratado como integrante do núcleo familiar, sempre ao lado de seus tutores, ajudando-os, apesar de tantas adversidades.

Sem dúvida alguma, a obra acima delineada permite várias análises, em relação a diversos assuntos, devido ao seu cunho social. Todavia, no presente artigo científico, a sua apresentação tem como escopo demonstrar a importância dos animais de estimação, sendo efetivos integrantes dos núcleos familiares, independentemente do contexto social vivenciado.

Nessa toada, vislumbra-se a noção de família multiespécie, tipo de entidade familiar que encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo na conjugação do artigo 225 com o artigo 226.

O texto constitucional, aliás, ao longo dos anos, tanto no âmbito do Direito das Famílias quanto no âmbito do Direito dos Animais, vem permitindo avanços significativos.

Assim, a partir do método hipotético-dedutivo e de estudo bibliográfico, legislativo e jurisprudencial, levando-se em consideração os avanços proporcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o intuito, no presente artigo científico, é traçar um caminho hábil para a resolução de conflitos relativos ao destino dos animais de companhia nas situações em que há o término do casamento ou da união estável, problemática que se mostra de extrema relevância, pois os animais, seres sencientes, não devem ser tratados como bens.

1 FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Na obra literária *Vidas Secas*, em várias passagens, percebe-se que Baleia é vista como integrante da família.

De fato, após ocorrer um desentendimento com o soldado amarelo, na cadeia, “Fabiano se aperreava por causa dela [Sinhá Vitória], dos filhos e da cachorra Baleia, que era como uma pessoa da família, sabida como gente” (Ramos, 1986, p. 34).

Em outro momento da narrativa, o menino mais novo sonhava em ser igual a Fabiano. Assim, “o menino mais velho e Baleia ficariam admirados” (Ramos, 1986, p. 53).

O menino mais velho, por sua vez, chateado depois de levar uma bronca, recebeu a atenção de Baleia, que “tentou minorar-lhe o padecimento saltando em roda e balançando a cauda” (Ramos, 1986, p. 55). Diante do consolo de Baleia, “o pequeno sentou-se, acomodou nas pernas a cabeça da cachorra, pôs-se a contar-lhe baixinho uma história” (Ramos, 1986, p. 55).

Já no fim da obra, triste pela nova mudança que se iniciava e pelas lembranças do passado, “Sinhá Vitória lembrou-se da cachorra Baleia, chorou, mas estava invisível e ninguém percebeu o choro” (Ramos, 1986, p. 116).

Nessa perspectiva, quando os animais de companhia são considerados efetivos integrantes dos núcleos familiares, há um tipo de entidade familiar denominado de família multiespécie.

A família multiespécie é aquela que emerge quando o animal de estimação que convive com o ser humano não é mais visto como simples *coisa* de propriedade sua, mas, isto sim, como um efetivo e autêntico integrante da família. Ora, o que conecta o animal humano ao animal não humano é justamente o estabelecimento de um vínculo de afetividade entre eles.

Destarte, na medida em que “os animais de estimação integram a dinâmica familiar, a eles sendo destinados afetos distintos do mero exercício de propriedade” (Tavares; Rocha, 2021, p. 189), passam a ostentar o *status* de membro da família e, conseqüentemente, recebem o afeto numa via de mão dupla que comumente se assemelha ao afeto tido na relação entre pai e filho.

Nesse contexto, a família multiespécie, também chamada de interespécies, é aquela composta por membros de mais de uma espécie, ou seja, por “membros animais humanos (espécie 1) e membros animais não humanos (espécie 2), que convivem e interagem em um núcleo de afeto, comunicabilidade, cuidado e com *animus* de constituir uma família” (Nunes, 2021, p. 142).

Na família multiespécie, portanto, “os seres humanos partilham duradouras, intensas e profundas relações emocionais com os seus animais de estimação. Animais podem ser chamados, nutridos e tratados como filhos, irmãos ou melhores amigos” (Eithne; Akers, 2011, p. 212-213).

A propósito, conforme dados levantados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e atualizados pelo Instituto Pet Brasil, foram contabilizados, em 2018, 54,2 milhões de cães, 39,8 milhões de aves, 23,9 milhões de gatos, 19,1 milhões de peixes e 2,3 milhões de répteis e pequenos mamíferos, totalizando 139,3 milhões de animais de companhia no país.

Portanto, grande parte das famílias brasileiras convive com animais de estimação. Em termos históricos, as famílias foram constituídas a partir da religião e do vínculo sanguíneo:

Sem dúvida, houve um momento, para a Índia e para a Grécia, assim como para Roma, em que o parentesco pelo culto deixou de ser o único a ser admitido. À medida que essa velha religião se enfraquecia, a voz do sangue falava mais alto, e o parentesco pelo nascimento foi reconhecido de direito. Os romanos chamaram *cognatio* a esse tipo de parentesco absolutamente independente das regras da religião doméstica. Quando lemos os jurisconsultos desde Cícero até Justiniano, vemos os dois sistemas de parentesco rivalizarem entre si e disputarem o domínio do direito (Coulanges, 2009, p. 71).

Nos dias atuais, para além da religião e do vínculo sanguíneo, a afetividade, por si só, é um elemento constituidor de entidades familiares, a exemplo da família multiespécie.

Outrossim, historicamente, o ser humano se relacionou com os animais não humanos por muitos e diversos objetivos, para a segurança, para a alimentação, ou mesmo para usos que são questionáveis na atualidade, como para fins científicos e/ou estéticos (cobaias de laboratório). Com o processo de domesticação, os animais se aproximaram do convívio mais estreito com o ser humano, contudo, ainda assim, por muito tempo, o contato se limitou à periferia da casa, ficando os animais restritos aos quintais das residências (Giumelli; Santos, 2016).

Entretanto, mais recentemente, sobretudo nos últimos 35 anos, houve notória mudança dos valores prevalecentes na sociedade, mundial e brasileira, de modo que, cada vez mais, os animais de companhia ou de estimação são considerados e tratados como efetivos integrantes dos núcleos familiares. Nessa toada, sobreveio um tipo específico de arranjo familiar que se convencionou denominar de família multiespécie (Belchior; Dias, 2019, p. 77).

2 CONSTITUIÇÃO DE 1988

No dia 5 de outubro de 2023, a Constituição da República Federativa do Brasil completa 35 anos de vigência. A sétima Constituição brasileira, antecedida pelos textos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, é, indene de dúvidas, a mais democrática e popular. De fato, a Constituição fruto dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte consolidou, em definitivo, a superação do triste período no qual a nação esteve submetida e subjugada à ditadura do regime militar e o início de novos tempos, caracterizados pela defesa intransigente do Estado Democrático de Direito e pelo respeito aos direitos humanos de todos os cidadãos.

Com o propósito de garantir o cumprimento do pacto democrático e seus consectários, os parlamentares reunidos na Assembleia Nacional Constituinte optaram por disciplinar no próprio texto constitucional uma miríade de matérias estranhas àquelas que tradicionalmente são incluídas na Carta Magna, razão pela qual conta com 250 artigos na sua parte permanente, que cuidam de diversos e diferentes assuntos, como previdência social, leis orçamentárias, política urbana, educação, cultura, inovação tecnológica, comunicação social, meio ambiente, povos indígenas, dentre outros. Não por outra razão, aliás, a Constituição Federal de 1988 é considerada analítica (Silva, 2015). Como resultado prático, muitas questões foram alçadas ao *status* constitucional - é dizer, foram *constitucionalizadas* - o que resultou na ampliação da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, o guardião máximo da Constituição.

Para os fins do presente estudo, convém salientar que a Constituição Federal de 1988 trata especificamente sobre o Direito das Famílias, estabelecendo no *caput* do artigo 226 que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (Brasil, 1988), bem como sobre o Direito dos Animais, na medida em que o inciso VII do § 1º do artigo 225 assegura a proteção da fauna e da flora e veda as práticas que submetam os animais à crueldade.

Logo, é correto concluir que, sob a égide do texto constitucional vigente desde 1988, o Direito das Famílias e o Direito dos Animais possuem evidente natureza constitucional. Por isso, inclusive, ao longo dos 35 anos de vigência, o Supremo Tribunal Federal foi provocado sobre múltiplos temas que tangenciam as temáticas do Direito das Famílias e do Direito dos Animais, o que, ao fim e ao cabo, proporcionou notórios avanços sobre tais temas no âmbito jurisprudencial.

Nesse sentido, comemorar os 35 anos da Constituição Federal de 1988 é, igualmente, prestar homenagens à valorização dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao Direito das Famílias e ao Direito dos Animais e lançar luzes sobre o aperfeiçoamento desses temas ao longo dos anos.

Quiçá um dos aspectos mais relevantes da Constituição de 1988 é a sua abertura para reformas e modificações de seu texto, malgrado a maior exigência formal para tais mudanças. Em outras palavras, não se trata de um texto rígido, imutável e permanente indefinidamente. Ao contrário. A Constituição Federal de 1988 é um texto aberto para as novas transformações. É um texto *vivo*, seja pela via legislativa, por meio das Emendas Constitucionais aprovadas pelo Congresso Nacional (a propósito, até a data de redação deste artigo, já foram editadas 129 emendas ao texto de 1988, número bastante superior em comparação à Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, que em mais de 230 anos de existência recebeu apenas 27

emendas), seja pela via informal da mutação constitucional, seja pela interpretação conferida pelo Poder Judiciário brasileiro, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

Com razão, a Constituição Federal, enquanto norma superior do ordenamento jurídico do Brasil não pode se dissociar da realidade da sociedade sobre a qual incide. Pelo contrário. Afinal, uma Constituição que não reflete o seu tempo é uma norma anacrônica, ultrapassada, obsoleta e ineficaz, enfim, um diploma *morto*.

Muita coisa aconteceu, no Brasil e no mundo, de 1988 a 2023. Por exemplo, a internet, que àquela época era uma inovação incipiente, hodiernamente, é uma realidade indissociável do cotidiano de boa parte da população, que realiza diversas atividades com um clique na tela de seus aparelhos celulares. As roupas, os hábitos alimentares, os meios de comunicação, os programas de entretenimento, os costumes sociais, etc. dos fins dos anos 80 definitivamente não são os mesmos do início da década de 2020. Muita coisa mudou. A Constituição Federal, contudo, mantém-se hígida, mas também não é a mesma: mudou parte de seu texto, por via das emendas, e sofreu mudanças em sua interpretação doutrinária e também jurisprudencial.

Inclusive, recordando-se a lição da doutrina de escol (Grau, 2015), no sentido de que texto e norma são conceitos diversos, sendo possível se extrair diferentes normas de um texto, é forçoso apontar que mesmo aqueles dispositivos que não foram alterados formalmente agora permitem a extração de normas diversas, por meio de um raciocínio hermenêutico que sofreu os influxos dos novos tempos, notadamente da alteração dos costumes vigentes na sociedade.

Nessa linha de raciocínio, família multiespécie é um tipo de entidade familiar que encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo na conjugação do artigo 225 com o artigo 226. Deveras, integrar uma família consubstancia-se em uma forma de proteção.

O texto constitucional, aliás, ao longo dos anos, no âmbito do Direito das Famílias e no âmbito do Direito dos Animais, vem permitindo avanços significativos.

A título exemplificativo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983, uma lei cearense concernente à vaquejada foi declarada inconstitucional, tendo em vista o que está previsto no inciso VII do § 1º do artigo 225 da Carta Magna.

Não se olvida o efeito *backlash* ocasionado pela decisão proferida na mencionada ADI e que tal efeito resultou no acréscimo do § 7º ao artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porém, apesar disso, essas discussões são importantes para a superação da clássica concepção civilista de que os animais não humanos consistem em bens e,

por conseguinte, abre-se espaço para a possibilidade de se conferir novo *status* jurídico aos animais não humanos, seres sencientes, ou seja, que sentem de modo consciente.

Outro exemplo: no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar legítima e, como tal, sujeita às mesmas regras e consequências jurídicas da união estável heteroafetiva. A decisão foi paradigmática e conferiu interpretação evolutiva ao texto da norma inscrita no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

3 MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO

É muito relevante também o mandado de criminalização delineado no § 3º do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Vale ressaltar, como um dos tipos penais decorrentes do referido mandado de criminalização, o crime previsto no artigo 32 da Lei nº 9.605 de 1998.

Comete esse crime quem abusar de animais silvestres, domésticos, domesticados, nativos ou exóticos, maltratá-los, feri-los ou mutilá-los ou quem realizar, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos, experiência dolorosa ou cruel em animais vivos.

Ademais, desde a mudança promovida a partir da Lei nº 14.064 de 2020, as penas são, nos casos que envolvem cães e gatos, de reclusão, de 2 anos a 5 anos, multa e proibição de guarda e, nas situações que não envolvem cães e gatos, de detenção, de 3 meses a 1 ano, e multa. Em qualquer hipótese, se houver morte, incide a causa de aumento de 1/6 a 1/3.

Assim, nos casos que envolvem cães e gatos, devido à quantidade de pena privativa de liberdade cominada, a transação penal e a suspensão condicional do processo, institutos despenalizadores descritos na Lei nº 9.099 de 1995, mostram-se incabíveis.

4 DIVÓRCIO E UNIÃO ESTÁVEL

O divórcio direto, sem separação prévia e requisito temporal, e a união estável consistem em outros pontos marcantes, inovadores no ordenamento jurídico brasileiro, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no § 6º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, e no § 3º do artigo 226, respectivamente.

Em relação ao divórcio, superou-se a necessidade de separação de fato por 2 anos ou de separação judicial durante 1 ano.

Nesse cenário, o divórcio direto, sem separação prévia e requisito temporal, melhor se coaduna com o fato de que o divórcio é um direito potestativo, que prescinde da vontade de ambas as partes e de discussões relativas à culpa.

No Tema 1.053 do Supremo Tribunal Federal, aliás, é objeto de análise se, mesmo depois da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, ainda subsiste a possibilidade de aplicação do procedimento que engloba a exigência de separação judicial prévia.

Além disso, em atenção ao disposto no Código de Processo Civil de 2015, vale salientar que o divórcio direto, sem separação prévia e requisito temporal, e a dissolução da união estável podem ocorrer de forma extrajudicial, mediante escritura pública lavrada por notário e assistência de advogado ou de defensor público, quando não há nascituro e filhos incapazes nem divergências entre as partes, ou devem ocorrer de modo judicial, se não estiverem preenchidos os mencionados requisitos para a utilização da via extrajudicial ou quando as partes optarem pela via judicial.

5 TÉRMINO DO CASAMENTO OU DA UNIÃO ESTÁVEL E ANIMAIS DE COMPANHIA

No tocante aos filhos com menos de 18 anos, acontecendo o término do casamento ou da união estável dos pais, prima-se, desde a mudança promovida no Código Civil de 2002 a partir da Lei nº 13.058 de 2014, pelo estabelecimento da guarda compartilhada, ainda que em caso de discordância entre as partes. Em tal tipo de guarda, a responsabilização dos pais é conjunta e concomitante.

Conforme assevera Gonçalves (2022), a guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada, pois os filhos, na guarda alternada, passam um período sob os cuidados do pai e outro período sob os cuidados da mãe.

Embora seja necessário conferir primazia à guarda compartilhada, certas situações exigem a fixação da guarda unilateral, tendo em vista o princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, delineado no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto à guarda unilateral, quem não exerce a guarda deve conviver com os filhos. Eventuais riscos e violências ocasionados aos filhos, todavia, justificam a suspensão das visitas.

De mais a mais, em caráter excepcional, é possível, observando-se o grau de parentesco e as relações de afinidade e de afetividade, que alguém desempenhe a guarda em substituição aos pais, uma vez que nem sempre a mãe e o pai estão aptos para exercê-la, por exemplo, ao sujeitarem os filhos a riscos e a violências.

No que diz respeito ao pagamento de pensão alimentícia aos filhos, é fundamental a observância do binômio formado pelas necessidades da parte alimentanda e pela capacidade contributiva da parte alimentante, até porque a assistência, a criação e a educação consistem em deveres dos pais e eventual descumprimento da obrigação alimentar pode dar azo à prisão civil do devedor, nos moldes do artigo 229 e do artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Magna, respectivamente.

Ora, tal sistemática aplicável às crianças e aos adolescentes revela-se cabível aos animais de companhia. Claro que as peculiaridades dos animais de estimação, a disponibilidade de tempo e as condições de cuidado dos tutores, a afinidade, a afetividade e a necessidade de afastamento de eventuais riscos e violências devem ser levadas em consideração.

É que “em razão da ressignificação dos animais domésticos e das relações afetivas que os envolvem, nos últimos anos assomam-se no Judiciário questões envolvendo a convivência, a guarda e os alimentos devidos aos *pets*” (Giotti, 2020, p. 181).

A propósito, no enunciado 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, consta que “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal” (IBDFAM, 2015).

Nessa toada, vale destacar, a título exemplificativo, um caso que ocorreu em São Paulo. Nele, uma mulher e um homem tinham um relacionamento, porém houve a dissolução da união estável, sem bens a serem partilhados e sem disposição própria acerca do animal de estimação, uma cadela. Após o término da união estável, o homem mantinha visitas regulares à cadela, que ficou sob os cuidados diários da mulher. Todavia, em certo momento, o homem foi impedido de continuar realizando as visitas, o que estaria lhe causando intensa angústia. Isso fez com que ele ajuizasse uma ação de regulamentação de visitas.

Na primeira instância, o juiz julgou o pedido improcedente, visto que considerou a mulher proprietária do animal de estimação. A sentença foi reformada na segunda instância, regulamentando-se as visitas em analogia às normas aplicáveis às crianças e aos adolescentes. Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.713.167/SP (relator: Luis Felipe Salomão; Quarta Turma; data do julgamento: 19/6/2018; DJe de:

9/10/2018), manteve a regulamentação de visitas, com fulcro no bem-estar da cadela, na afetividade e nos direitos da pessoa humana.

Para ressaltar a possibilidade de aplicação analógica aos animais de companhia das normas concernentes às crianças e aos adolescentes, convém citar a ementa do acórdão prolatado na segunda instância:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO - Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira - Improcedência do pedido - Inconformismo - Acolhimento - Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores - Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Cadela adquirida na constância do relacionamento - Relação afetiva demonstrada - Visitas propostas que são razoáveis - Sentença reformada - Recurso provido (Brasil, 2016).

A analogia é classificada e conceituada da seguinte maneira:

Costuma-se distinguir a analogia *legis* (legal) da analogia *juris* (jurídica). A primeira consiste na aplicação de uma norma existente, destinada a reger caso semelhante ao previsto. A sua fonte é a norma jurídica isolada, que é aplicada a casos idênticos. A segunda baseia-se em um conjunto de normas, para obter elementos que permitam a sua aplicação ao caso *sub judice* não previsto, mas similar. Trata-se de um processo mais complexo, em que se busca a solução em uma pluralidade de normas, em um instituto ou em acervo de diplomas legislativos, transpondo o pensamento para o caso controvertido, sob a inspiração do mesmo pressuposto (Gonçalves, 2017, p. 73).

Ante o exposto, é de suma importância salientar que os casos envolvendo o destino dos animais de estimação nas situações de término do casamento ou da união estável precisam ser decididos, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse dispositivo constitucional versa sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Enfim, o caminho hábil para a resolução de conflitos relativos ao destino dos animais de companhia nas situações em que há o término do casamento ou da união estável perpassa pela regulamentação legislativa específica, o que proporciona maior segurança jurídica, entretanto, na falta de legislação própria, a sistemática aplicável às crianças e aos adolescentes é cabível por meio de analogia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra literária *Vidas Secas*, abordada no início do presente artigo científico, transmite a noção de família multiespécie. Deveras, a cachorra Baleia é vista por Fabiano, por Sinhá Vitória, pelo menino mais velho e pelo menino mais novo como integrante da família. Infelizmente, Baleia tem um triste fim, mas isso decorre do contexto social e da conjuntura histórica da obra.

Família multiespécie consiste em um tipo de entidade familiar que encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo na conjugação do artigo 225 com o artigo 226.

O texto constitucional, aliás, ao longo dos anos, tanto no âmbito do Direito das Famílias quanto no âmbito do Direito dos Animais, vem permitindo avanços significativos.

Inclusive, uma lei cearense referente à vaquejada foi declarada inconstitucional, reconheceu-se a união homoafetiva como entidade familiar, delitos ambientais foram tipificados em virtude do mandado constitucional de criminalização, passou a ser possível o divórcio direto, sem separação prévia e requisito temporal, e a união estável foi reconhecida como entidade familiar.

Nessa perspectiva constitucional, que engloba a proteção à família e aos animais, o caminho hábil para a resolução de conflitos relativos ao destino dos animais de companhia nas situações em que há o término do casamento ou da união estável perpassa pela regulamentação legislativa específica, o que proporciona maior segurança jurídica, todavia, na falta de legislação própria, a sistemática aplicável às crianças e aos adolescentes é cabível por meio de analogia.

Assim, abre-se espaço para a superação da clássica concepção civilista de que os animais não humanos são bens e para que lhes seja conferido novo *status* jurídico e, quiçá, haja o efetivo reconhecimento de uma dimensão de direitos fundamentais dos animais não humanos.

REFERÊNCIAS

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; DIAS, Maria Ravelly Martins Soares. A guarda responsável dos animais de estimação na família multiespécie. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 14, n. 2, p. 64-79, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/33325>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Altera os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114064.htm. Acesso em: 5 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.713.167/SP**. Direito Civil. Dissolução de união estável. Animal de estimação. Aquisição na constância do relacionamento. Intenso afeto dos companheiros pelo animal. Direito de visitas. Possibilidade, a depender do caso concreto. Recorrente: L. M. B. Recorrido: V. M. A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 9 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. União homoafetiva. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Presidente da República, Congresso Nacional, Conectas Direitos Humanos, ABGLT, Associação de Incentivo à Educação e à Saúde de São Paulo, IBDFAM, Associação Eduardo Banks e CNBB. Relator: Min. Ayres Britto, 14 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983**. Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.167.478/RJ**. Recurso Extraordinário em que se examina, à luz do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, se a separação judicial é requisito para o divórcio e se ela subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro. Relator: Min. Luiz Fux, 06 de junho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1000398-81.2015.8.26.0008**. Regulamentação de visitas de animal de estimação. Apelante: Vinícius Mendroni Aggio. Apelada: Luciana Michele Borba. Relator: Des. J. L. Mônaco da Silva, 25 de abril de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Sentença do Processo 1000398-81.2015.8.26.0008**. Ação de regulamentação de visitas. Requerente: Vinícius Mendroni Aggio. Requerida: Luciana Michele Borba. Juiz: Dr. Antonio Manssur Filho, 5 de novembro de 2015.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

EITHNE, Mills; AKERS, Kreith. “Quem fica com os gatos... Você ou eu?” Análise sobre a guarda e o direito de visita. Questões relativas aos animais de estimação após o divórcio ou a separação. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 6, n. 9, p. 209-240, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11742>. Acesso em: 5 ago. 2023.

GIOTTI, Fernanda Furlan. O impacto no direito das famílias da resignificação dos animais domésticos: posicionamentos contemporâneos relativos ao direito de convivência, guarda e alimentos ao pet. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 41, p. 168-183, set./out. 2020.

GIUMELLI, Raísa Duquia; SANTOS, Marciane Cleuri Pereira. Convivência com animais de estimação: um estudo fenomenológico. **Revista da Abordagem Gestáltica**, Goiânia, v. 22, n. 1, jun. 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v22n1/v22n1a07.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

IBDFAM. **Enunciados do IBDFAM**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 5 ago. 2023.

INSTITUTO PET BRASIL. **Censo Pet**: 139,3 milhões de animais de estimação no Brasil. São Paulo: Instituto Pet Brasil, 2019. Disponível em: <https://institutopetbrasil.com/imprensa/censo-pet-1393-milhoes-de-animais-de-estimacao-no-brasil/>. Acesso em: 5 ago. 2023.

NUNES, Paula Freire Santos Andrade. A defesa da dignidade animal e da alteração da natureza jurídica do animal no direito brasileiro: por uma análise interdisciplinar com vistas ao reconhecimento jurídico e social às famílias multiespécie. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 43, p. 131-164, jan./fev. 2021.

RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 58. ed. Rio de Janeiro: Record, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TAVARES, Felipe Cavaliere; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. O direito de visita dos animais na jurisprudência brasileira após 2018: um passo rumo à família multiespécie? **Revista IBDFAM: Família e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 48, p. 185-205, nov./dez. 2021.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Josiane Rose Petry Veronese¹

RESUMO: O presente capítulo tem por objeto de pesquisa apresentar a Constituição Federal de 1988 e a sua importância na construção de um ramo autônomo do direito: o Direito da Criança e do Adolescente. Traz um breve relato histórico sobre as constituições brasileiras, com uma lupa específica: verificar se tiveram ou não uma preocupação com o tema infância e adolescência e sua proteção. Serviu-se do método histórico-dedutivo para a estruturação de suas análises. Enquanto considerações finais, torna evidente o quanto é paradigmática a Constituição Federal vigente, em se tratando da defesa, promoção, prevenção e proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal; direito; criança; adolescente.

Quando se é criança

*“Quando se é criança tudo é mais leve,
ou pelo menos,
deveria ser mais leve.
O olhar é puro,
as bagunças são terríveis,
as gargalhadas incontroláveis.
Por isso me dói na alma
A criança negada
A criança violada
A criança infeliz.
Violência e infância são palavras
que jamais poderiam estar juntas.
Uma é a negação da outra.
A violência aniquila a infância,
A infância é negada pela violência.
Criança e amor
Criança e brincadeiras
Criança e alegrias*

¹ Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora e Mestre em Direito pela UFSC, com pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS e pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente/CCJ/UFSC e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade. Dezenas de obras, capítulos de livros e artigos que versam sobre o Direito da Criança e do Adolescente. Integra a Academia de Letras de Biguaçu/SC, com a Cadeira nº 1; a RUEF (Rede Universitária para o Estudo da Fraternidade) e a Red Iberoamericana para la Docencia e Investigación en Derechos de la Infancia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7387-0758>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3761718736777602>.

*Criança e estudos
Esses são os verdadeiros binômios
para a realização do ser criança
Criança feliz
Tão só e plenamente: criança”,
Josiane Rose Petry Veronese.²*

INTRODUÇÃO

Advogo a tese de que é praticamente impossível falarmos sobre o Direito da Criança e do Adolescente, sem uma referência expressa à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois em termos de legislação nacional, ela é o fundamento normativo que o estrutura.

O presente capítulo, portanto, tem por objeto de pesquisa apresentar a Constituição Federal de 1988 e a sua importância na construção de um ramo autônomo do direito: o Direito da Criança e do Adolescente.

Traz um breve relato histórico sobre as constituições brasileiras, desde a primeira Constituição do Império, de 1824, com uma lupa específica: verificar se as constituições tiveram ou não uma preocupação com o tema infância e adolescência, bem como com a sua proteção ao elencar direitos e garantias.

Sem a Constituição Federal de 1988 estaríamos ainda amarrados a conceitos e concepções obsoletas de um “menorismo” que fez casa no sistema jurídico brasileiro, durante um longo período. Assim, quando a Constituição traz de forma clara as categorias “criança” e “adolescente”, estabelece um categórico não ao menorismo que coisificava a infância e a adolescência, transformando-os em meros objetos. Desse modo é incoerente com Constituição Federal utilizarmos a expressão “menor”, a não ser que esteja adjetivada, ex.: menor de idade, filhos menores. Só por esta questão é possível constatarmos ao lermos muitas obras jurídicas, sentenças, acórdãos, que muitos atores do direito ainda não se constitucionalizaram, e já se passaram 35 anos desde a sua promulgação.

O estudo serviu-se do método histórico-dedutivo para a estruturação de suas análises e argumentos. Enquanto considerações finais, tornou evidente o quanto é paradigmática a Constituição Federal vigente, em se tratando da defesa, promoção, prevenção e proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

² Veronese (2018, p. 52).

1 UMA BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA

Para que possamos compreender o caráter paradigmático da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ao tratarmos do Direito da Criança e do Adolescente, faz-se imprescindível uma descrição, ainda que brevíssima do transcurso histórico das Constituições Brasileiras. Neste olhar é possível constatar que a Constituição do Império, de 1824 e a primeira da República, de 1891, foram omissas com relação à criança e ao adolescente, ainda que procurássemos a expressão “menor”, em suas duas mais conhecidas conotações, ou seja, o menor de idade, em termos de imputação penal, ou o “menor” desassistido, desvalido, já presente nas legislações assistencialistas.

A primeira a fazer menção foi a Constituição dos Estado Unidos do Brasil, de 1934, que traz uma referência direta à criança, de proteção a seus direitos, quando estabelecia a proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres a menores de 18 anos - art. 121, §1º, “d”. Prescrevia, ainda, sobre os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, bem como a sua orientação e fiscalização, seriam dadas preferencialmente a mulheres habilitadas - art. 121, §3º.

A durabilidade da Constituição de 1934 foi brevíssima, eis que a Constituição do Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas em 1937, centralizadora em sua essência e supressora de direitos políticos, que foi imposta no cenário brasileiro ao mesmo tempo que na Europa havia toda uma contestação à liberal-democracia.

Paradoxalmente, a Constituição de 1937 estabelecia que o Estado deveria dar assistência à infância e à juventude, visando-lhes proteger, sobretudo as mais carentes, assegurando-lhes condições físicas e morais para o desenvolvimento de suas faculdades. O abandono à criança importava em falta grave dos pais; neste caso, caberia ao Estado provê-las. Os pais miseráveis teriam o direito de pedir um auxílio ao Estado para subsistência e educação dos filhos - art. 127.

Designava como dever da Nação, Estados e Municípios, a criação de instituições de ensino público para os que não tivessem condições de estudar nas escolas particulares. Às indústrias e aos sindicatos econômicos caberia a criação de escolas de aprendizes para os filhos de seus operários e associados; quanto ao Estado, caberia a tarefa de auxiliá-las e fiscalizá-las - art. 129.

Estipulava a Constituição de 1937, que os menores de 14 anos estavam proibidos de trabalhar; vetava, ainda, o trabalho noturno a menores de 16 anos e em indústrias insalubres a menores de 18 anos, bem como a mulheres - art. 137, “k”.

A Constituição de 1946, consolida um retorno à democracia, não introduziu alterações de conteúdo, sendo a ela anexadas as mesmas disposições contidas na Constituição precedente. Determinava: (I) Em todo o território nacional passou a ser obrigatória a assistência à maternidade, infância e adolescência. Devendo lei ordinária regular sobre as condições de amparo às famílias de prole numerosa - art. 164; (II) As empresas industriais e agrícolas, em que trabalhassem mais de cem pessoas, ficavam obrigadas a manter ensino primário para seus servidores e seus filhos - art. 168, III; (III) As empresas industriais e comerciais eram obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores - art. 168, IV; e (IV) Proibiu o trabalho a menores de 14 anos; como também proibiu o trabalho em indústrias insalubres e o trabalho noturno a menores de 18 anos e a mulheres, respeitadas as condições admitidas em lei e exceções aceitas pelo juiz competente - art. 157, IX.

Nesse sentido, percebemos um paulatino avanço, em especial, referente às condições de trabalho.

Em 1964, o Estado Democrático Brasileiro foi mais uma vez violado com o golpe civil-militar.

Constituição de 1967, expressão de um autoritarismo algoz, elevava-se com uma maquiagem de proteção aos direitos sociais, pois além de prescrever sobre a assistência à maternidade e à infância - art. 167, § 4º; sobre a obrigatoriedade das empresas comerciais, industriais e agrícolas manterem ensino primário gratuito aos empregados e seus filhos - art. 170 e sobre o fornecimento, por parte das empresas industriais e comerciais da aprendizagem, em cooperação, aos trabalhadores menores - art. 170, § único; determinou ainda duas grandes mudanças, uma negativa e outra positiva, quais sejam, a proibição ao trabalho passou de 14 para 12 anos - art. 158, X, e instituiu o ensino obrigatório e gratuito nos estabelecimentos oficiais para as crianças de 7 a 14 anos de idade. O que foi à época, extremamente importante.

Essa Constituição foi objeto de sucessivas expedições de Atos Institucionais (AIs), que objetivavam a legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando-lhes, inclusive, um rol de poderes para além do texto constitucional. Imperioso destacar neste cenário de exceção ao direitos civis e políticos, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, a qual manteve os mesmos dispositivos, só acrescentando com relação a infância, que também as crianças excepcionais teriam acesso à educação, matéria esta que deveria ser regulamentada em lei especial - art. 174, § 4º (a E.C n.1/1969 tratou da matéria nos seguintes dispositivos: art. 175, § 4º; art. 178; art. 178, § único; art. 165, X e art. 176, § 3º, II) (Bonavides, 1990).

Constatamos, pelo que foi até aqui descrito, que a prescrição constitucional quanto à idade mínima para iniciação ao trabalho teve como marco a Constituição de 1934, que a fixou em 14 anos de idade.

A mesma disposição foi firmada pelas Constituições de 1937 e 1946, sendo interrompida na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional n. 1 de 1969, que passaram a prescrever a idade mínima de 12 anos para iniciação ao trabalho, ao mesmo tempo que obrigaram o ensino público e gratuito nos estabelecimentos oficiais até os 14 anos. O trabalho do adolescente passa a ser encarado como trabalho de aprendiz; importa concluir que ele poderia passar o resto de sua menoridade - dos 12 aos 18 anos - recebendo um *salário menor*, isto é, meio salário-mínimo.

2 A ESSÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 O TEMA DO “TRABALHO INFANTIL”

Ao tratar dos Direitos Sociais, a Constituição Federal, em seu art. 6º, denomina como sociais os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Especificamente no art. 7º, inciso XXXIII, proíbe ao menor de 18 anos de idade o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, e os menores de 14 anos estavam proibidos de trabalhar em qualquer tipo de atividade, salvo na condição de aprendiz (este dispositivo se referia tanto aos trabalhadores urbanos quanto aos rurais), ou seja, a Constituição Federal de 1988, em sua escrita original, permitia o trabalho a partir dos 14 anos e a condição de aprendiz, a partir dos 12 anos de idade.

Foram necessários dez anos de muitas lutas, reivindicações, até que tivéssemos a Emenda Constitucional n.º 20, que entrou em vigor no dia 16 de dezembro de 1998, que entre outras questões, dispõe sobre a alteração da idade mínima de ingresso no mercado de trabalho de 14 para 16 anos, com exceção feita para a permissão do trabalho de 14 a 16 anos, na condição de aprendiz. Ficando modificado então, o artigo 7º da Constituição Federal, que passa então a ter a seguinte redação:

Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

[...]

XXXIII- proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (Brasil, 1988).

2.2 OS DIREITOS POLÍTICOS DOS ADOLESCENTES

No que diz respeito aos Direitos Políticos, facultou aos maiores de 16 e menores de 18, o direito ao voto - art. 14, II, “c”. Trata-se de uma das inovações da Constituição Federal que traz o sentido de darmos voz, também no cenário político ao adolescente, como uma forma de consolidação do tão necessário protagonismo, com a sua real participação nessa esfera. Nesse sentido, bem-vindas as palavras de Dallari:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social (Dallari, 1998, p. 14).

Destacamos que o sentido de participação não se resume ao ato de votar nos processos eleitorais, mas implica, antes, na compreensão de que ser cidadão implica em participar, em vivenciar de modo concreto o viver em sociedade.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1 A IMPORTÂNCIA DO MARCO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao tratar da Ordem Social - Título VIII - quando consagrou o Capítulo VII à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, portanto, ao contemplar os direitos fundamentais, reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direitos - direitos especiais, protegidos por garantias especiais.

Deste modo, a Constituição Federal, pela primeira vez no país, reconheceu a primazia do interesse da criança e do adolescente:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem³, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

É possível constatar que a “Constituição Cidadã” tem uma nova base doutrinária, a qual implica que, fundamentalmente, as crianças e adolescentes brasileiros passam a ser *sujeitos de direitos*. Essa categoria encontra em Lefort (1991, p. 8) sua expressão mais significativa na própria concepção de Direitos Humanos de “o direito a ter direitos”, ou seja, da dinâmica dos novos direitos que surge a partir do exercício dos direitos já conquistados. Desse ponto de partida o sujeito de direitos seria o indivíduo apreendido do ordenamento jurídico com possibilidades de, efetivamente, ser um sujeito-cidadão.

A construção de um novo ordenamento jurídico que se ocupasse seriamente dos direitos da infância e da adolescência era de caráter imprescindível, pois havia uma necessidade fundamental de que estes passassem da condição de *menores*, de semi-cidadãos para a de cidadãos e mais, trouxe a grande possibilidade de construirmos o paradigma de sujeitos, em oposição a ideologia e de toda uma *praxis* que coisificava a infância.

Ao Estado compete a implantação de programas de assistência integral, visando à saúde da criança e do adolescente, com atendimento especializado aos portadores de deficiência, através de treinamento para o trabalho e da convivência social, e a facilitação do acesso aos bens e serviços públicos coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; deverá ainda o Poder Público aplicar um percentual dos recursos públicos para os cuidados com a saúde na assistência materno-infantil - art. 227, § 1º, I e II. O art. 227, § 3º, nos incisos I a VII, arrola os direitos à proteção especial:

- I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;
- II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
- V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
- VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

³ A expressão jovem foi acrescentada pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010.

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

O art. 227, da Constituição Federal, prevê, ainda, seguintes aspectos: (I) a lei punirá severamente todo abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente - art. 227, § 4º; (II) a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma que dispuser a legislação complementar, que estabelecerá os casos e as condições em que esta poderá ser efetuada por estrangeiro - art. 227, § 5º; e (III) os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo proibido qualquer tipo de designação discriminatória relativa à filiação - art. 227, § 6º. Ademais, a Constituição Federal, em seu art. 228, declara expressamente a inimputabilidade penal em se tratando dos menores de 18 anos:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Constituindo-se como uma das constituições mais avançadas do mundo, ao apontar uma outra esfera de responsabilização para os autores de atos infracionais, ou em conflito com a lei, conforme linguagem internacional, que não seja a penal⁴.

Prescreve, ainda, no art. 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, enquanto os maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Existem também outros dispositivos constitucionais que, não arrolados no Capítulo VII, trazem benefícios à infância; é o caso, por exemplo, do art. 5º, L, que assegura condições para que a mulher presidiária permaneça com seu filho durante o período da amamentação. Este dispositivo não consta em nenhuma outra constituição contemporânea. Tal direito é de grande caráter humanitário, pois no momento em que a mãe é impedida de amamentar, infringe-se, imediatamente, um sério prejuízo à criança, pois uma alimentação que não seja o leite materno, não contém o mesmo teor nutritivo e de profilaxia de diversas doenças, além do que há que se considerar a importância psicológica, no plano da afetividade, desta aproximação. Assim, o discurso constitucional vai além da pena à qual a mãe foi submetida pela prática de algum delito e lhe garante o pleno direito à maternidade, mesmo que em condições precárias. E nessa

⁴ Para um melhor aprofundamento sobre a questão: Veronese (2015).

caminhada civilizatório, tivemos a promulgação do Marco Legal da Primeira Infância, que trouxe diversas alterações normativas, entre elas a do próprio Código de Processo Penal.

O art. 227 da Constituição Federal inseriu destacamos, um novo **paradigma na proteção da criança e do adolescente** no Brasil, pois, além de normatizar o princípio da garantia absoluta de prioridade, substituiu a “Doutrina do Menor em Situação Irregular”, até então vigente, pela “Doutrina da Proteção Integral” e, assim, conferiu às crianças e aos adolescentes o *status* de sujeito de direitos.

3.2 A PROMULGAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em que pese toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, constantes na Constituição Federal, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados em lei ordinária. Se assim não fosse, a Constituição nada mais seria do que uma bela mas ineficaz carta de intenções. Portanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, surgiu com a difícil tarefa de viabilizar os citados direitos.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, um novo princípio foi inserido no direito pátrio: o Princípio da Absoluta Prioridade, fundante quando estamos frente a um ramo autônomo do Direito, o Direito da Criança e do Adolescente. Este princípio, compreendendo a situação peculiar da criança e do adolescente, como pessoa em desenvolvimento, determina a primazia do recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência do atendimento nos serviços públicos; a preferência na formulação e execução de políticas públicas, e, especialmente, a destinação privilegiada de recursos para as áreas direcionadas à proteção da criança e do adolescente (art. 4º) (Veronese, 2021).

De outro lado, entretanto, apesar da positivação desse princípio junto ao ordenamento jurídico máximo, o Poder Público parece olvidar o avanço legislativo, mantendo-se omissos face às garantias que são dele decorrentes, uma vez que não é capaz de atender aos interesses de crianças e adolescentes, omitindo direitos fundamentais básicos, como o acesso à educação, o direito à saúde, à alimentação e, consequentemente, retirando destes o direito à dignidade da pessoa humana.

Os textos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente são autoexplicativos, exigindo do intérprete um esforço mínimo. Não obstante, o legislador ainda

traçou rumos hermenêuticos para sua aplicação, não restando dúvidas da importância da primazia do interesse da criança e do adolescente:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (Brasil, 1990).

Nesse sentido, é exatamente por se encontrar na condição de pessoa em desenvolvimento, e por ser certa a fragilidade natural dela decorrente, é que a criança e o adolescente necessitam de direitos e garantias especiais.

Albergaria (1991, p. 30) vincula o princípio da prioridade absoluta ao “princípio de humanidade”, fundado no sentimento de solidariedade social, típica do estado Democrático de Direito. De acordo com o autor, nas “sociedades permissivas” é frágil o sentimento de responsabilidade social, fato que exacerba a marginalidade social ou a prática de condutas infracionais. Todavia, no Estado Democrático de Direito, a corresponsabilidade da sociedade e do Estado na assistência da criança e do adolescente se manifesta.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem a relevante função, ao regulamentar o texto constitucional, de fazer com que este último não se constitua em letra morta. Contudo, a mera existência de leis que proclamem os direitos sociais, por si só não consegue mudar as estruturas, antes há que se conjugar aos direitos uma política social eficaz, que de fato assegure materialmente os direitos já positivados.

Nesse sentido é imperioso que se impulsione os grandes eixos norteadores da Lei n. 8.069/1990: o da descentralização e o da participação. A implementação deste primeiro princípio - descentralização - deve resultar numa melhor divisão de tarefas, de empenhos, entre a União, os Estados e os Municípios, no cumprimento dos direitos sociais. No que tange à participação, esta importa na atuação sempre progressiva e constante da sociedade em todos os campos de ação.

Portanto, é necessário a construção de uma cidadania organizada, isto é, a própria sociedade a mobilizar-se. Eis aí o porquê do grande estímulo que o Estatuto da Criança e do Adolescente dá às associações, na formulação, reivindicação e controle das políticas públicas. As associações, organizações civis organizadas, fóruns sociais, grêmios, enfim, todos os mecanismos caracterizadores de um movimento social, pautados na compreensão mais moderna de cidadania, qual seja, a da efetiva participação de cada cidadão, têm lugar de destaque na edificação do Direito da Criança e do Adolescente, pois aí o ser sujeito se consolida,

pois não se trata de “aguardar” paternalisticamente a ação do Estado, antes constitui-se num processo de mão dupla: reivindicar e construir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Merece destaque outra relevante questão presente na Lei 8.069/1990 que diz respeito a possibilidade dos direitos da criança e do adolescente serem demandados em juízo. Ao tratar da tutela jurisdicional dos interesses individuais, difusos e coletivos, chama a atenção o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente está em consonância com as novas diretrizes da processualística civil, por três motivos.

Primeiro, ao contemplar os meios judiciais garantidores dos interesses da criança e do adolescente, sobretudo no que diz respeito aos coletivos e difusos, percebe-se que a natureza privatista do direito processual está sendo objeto de profundas modificações, as quais remetem à necessidade de superação de determinadas estruturas tradicionais. Por conseguinte, a Lei n. 8.069/1990, ao admitir o ingresso em juízo dos mais variados tipos de demandas que visem à proteção de seus interesses, importa um significativo avanço no campo processual, uma vez que não está presa à ideia de procedimento, de rito, considerando merecedor de atenção o conteúdo do direito que está sendo pleiteado.

Segundo, ao se preocupar com o tema do acesso à Justiça, está a nova Lei atenta ao fato de que hoje a garantia desse acesso se constitui num dos mais elementares direitos, pois a sociedade pouco a pouco passou a compreender que não mais é suficiente que o ordenamento jurídico contemple direitos, antes é imprescindível que estes sejam efetivados, sendo que a propositura em juízo é, portanto, um dos mecanismos que visam a sua aplicabilidade.

Terceiro, o acesso à Justiça na interposição de interesses afetos à criança e ao adolescente se constitui, ainda, em mais um fator a corroborar no processo de transformação do próprio Poder Judiciário, o qual passa a ser um instrumento de expansão da cidadania. Isso se dá porque, da antiga posição de árbitro de litígios de natureza intersubjetiva, agora é chamado a posicionar-se diante de situações de caráter transindividual, como o são os direitos sociais.

Dentre as inovações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente podemos destacar, justamente, na possibilidade de cobrar do Estado através, por exemplo, da interposição de uma Ação Civil Pública, o cumprimento de determinados direitos como o acesso à escola, a um sistema de saúde, a um programa especial para pessoas com deficiência.

Na nossa concepção, toda ação junto ao Poder Judiciário, visando à garantia dos direitos e interesses individuais, difusos e coletivos, representa uma evolução do processo civilizatório. Eis que se evidencia que não mais é suficiente que os ordenamentos jurídicos proclamem direitos, tornando imprescindível antes que eles sejam concretizados.

REFERÊNCIAS

ALBEGARIA, Jason. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Política e constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

DALLARI, Dalmo. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Das sombras à luz**: o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Partitura em poemas**. Florianópolis: Emais Editora, 2018.

A PROTEÇÃO INTEGRAL CONSTITUCIONAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ORFANDADE PELO FEMINICÍDIO: DIREITOS FUNDAMENTAIS EM XEQUE

Karyna Batista Sposato¹

Raquel Dantas Pluma²

RESUMO: O trabalho discute as exigências de proteção integral a crianças e adolescentes afetados pela violência doméstica e familiar, sobretudo quando esta resulta no feminicídio de suas mães e os coloca em situação de orfandade. A verificação da violação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes órfãos, que se encontram em espaços de vulnerabilidade decorrentes dos altos índices de feminicídio no país constitui o principal objeto de análise, reivindicando que a proteção constitucional seja promovida através de efetivas políticas de proteção e cuidado. Com base em pesquisa bibliográfica e análise secundária de dados, constata-se a violação aos direitos fundamentais à convivência familiar, bem como outros decorrentes da afetação à saúde e ao pleno desenvolvimento dos infantes.

PALAVRAS-CHAVE: proteção integral; feminicídio; orfandade; direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

No Brasil dos anos 80 foi concebida uma Constituição Federal voltada para as questões mundialmente debatidas, no tocante aos direitos humanos de todos os cidadãos, a conhecida “Constituição Cidadã”, destacando-se o movimento denominado “A Criança e o Constituinte”, voltado para a defesa dos direitos de crianças e adolescentes.

A nova Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, antecipando-se à Convenção Internacional das Nações Unidas dos Direitos da Criança, aderiu integralmente à Doutrina da Proteção Integral, expressando-a especialmente em seu artigo 227. É de se notar que o Brasil foi o primeiro país a adequar sua legislação às normas da Convenção, incorporando-as em seu texto constitucional.

Posteriormente, foi promulgado no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990), que, nos moldes da Constituição Federal, consagrou igualmente a Doutrina da Proteção Integral.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6457328773061506>. E-mail: sposato@academico.ufs.br

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5788043585058765>. E-mail: raqueldpluma@gmail.com

A Doutrina da Proteção Integral, preconizada pela ONU através da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, representou um consenso de universalidade inédita na história das Nações Unidas, e foi amplamente adotada pelo Brasil a nível constitucional e infraconstitucional.

Vale dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente materializou e regulamentou a Doutrina da Proteção Integral, reiterando, em seu art. 4º, *caput*, preceitos do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, trazendo profundas alterações políticas, culturais e jurídicas quanto à questão da criança e do adolescente, estabelecendo uma verdadeira transformação paradigmática.

Na esfera política, destaca-se a descentralização das políticas públicas na área da infância e da juventude, que foram municipalizadas; a criação de Conselhos de Direitos e Conselhos Tutelares, para formulação de políticas e atendimento às crianças e adolescentes, respectivamente; e o surgimento da ideia de cogestão entre governo e sociedade civil.

A efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente brasileiros passa a ser dever de todos, dependendo a eficácia das normas jurídicas citadas de esforços conjuntos no sentido de materializar as alterações introduzidas.

As crianças e os adolescentes deixam de ser objeto de medidas para se tornarem titulares de direitos fundamentais à proteção integral. Já não se trata de incapazes, meias-pessoas ou pessoas incompletas, mas sim de pessoas completas, cuja particularidade é estar ainda em desenvolvimento.

A família, a sociedade e o Poder Público, dentro deste novo contexto, passam a ser corresponsáveis, assumindo papel essencial pela efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

O Sistema de Justiça, agora não mais executando funções assistenciais, passa a interagir em rede com uma ampla gama de instituições e programas. O paradigma da estrutura piramidal cede espaço à lógica do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que a interação é a nova dinâmica, sem desprezo da autonomia das instituições e das diferentes instâncias de atuação (Poder Judiciário, Ministério Público, Conselho Tutelar, Conselho de Direitos, etc.).

Decorridos 35 anos da instauração desta ordem constitucional protetiva de crianças e adolescentes, além dos recorrentes problemas de efetivação de seus direitos fundamentais, um novo cenário de desafios se apresenta: as elevadas taxas de feminicídio no Brasil revelam um outro problema social, a orfandade. Crianças e adolescentes que se encontram desprovidos da

companhia materna, em face desse crime, definido como o homicídio pelas razões da condição de sexo feminino, conforme estabelecido pela Lei nº 13.104/2015.

Os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são afetados pelos impactos produzidos pelo feminicídio, uma vez que as suas vidas são transformadas pela realidade em que a mãe se faz ausente. O seguir em frente sem o vínculo materno-filial, mudar de cidade ou de estado, dentre outras mudanças, atinge o desenvolvimento desse grupo (Chagas; Vieira; Medeiros; Ávila, 2022). Os direitos fundamentais dos órfãos em decorrência do feminicídio são colocados em xeque.

A literatura brasileira sobre a orfandade pelo feminicídio é tímida, existindo poucos trabalhos que se debruçam sobre essa temática (Almeida, 2016). Por isso, o presente trabalho visa contribuir para a amplitude de pesquisas direcionadas a tal tema, uma vez que o olhar de cuidado para a situação de órfãos no Brasil merece atenção. A maior parte dos feminicídios acontecem no lar, o que permite concluir que crianças e adolescentes estão presenciando atos violentos contra suas mães, os quais, por vezes, findam na violência letal.

De acordo com pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Instituto DataFolha (2023) através de entrevistas realizadas em 126 municípios brasileiros, 44,4% das mulheres que sofreram insultos humilhação ou xingamento afirmaram ter filhos, 27,8% das que sofreram agressões físicas, como tapa, batidas, empurrões e chutes também disseram ter filhos.

Diante dessa realidade, infere-se que crianças e adolescentes estão crescendo em ambientes prejudiciais ao seu desenvolvimento, o que viola seus direitos fundamentais, bem como a própria disposição do art. 227 da Constituição Federal de 1988 que estabelece que a criança e o adolescente devem estar a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Por tais razões, a discussão em torno de políticas públicas específicas para os órfãos (as) em decorrência do feminicídio se torna urgente, como forma de efetivar e atualizar os próprios mandamentos constitucionais.

1 O FEMINICÍDIO NO BRASIL

A expressão femicídio foi usada pela primeira vez em 1976 por Diana Russel durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes Contra mulheres (Pasinato, 2011), designando as mortes de mulheres por serem mulheres como resultados de uma discriminação

por razões de gênero (Jung; Campos, 2019). Na América Latina, Lagarde Y De Los Ríos (2011) traduzindo o termo para o castelhano chegou à expressão feminicídio para se referir às diversas formas de violação aos direitos humanos das mulheres, ressaltando a impunidade, omissão e negligência do Estado.

No Brasil, o feminicídio foi tipificado como uma qualificadora do crime de homicídio (art. 121 do Código Penal), através da Lei nº 13.104/2015, cuja pena varia de 12 a 30 anos. O crime representa a extinção da vida da mulher pela condição de ser mulher, podendo envolver a violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação:

[...] nominar juridicamente o feminicídio como a morte por razões de gênero foi uma demanda feminista de reconhecimento da especificidade dessas mortes. Portanto, o *nomen juris* através da tipificação penal reflete o reconhecimento político-jurídico de uma violência específica que é também uma violação dos direitos humanos das mulheres (Campos, 2015, p. 110).

A importância da Lei é nítida por nomear mortes que, no passado, permitiam que o autor saísse impune sob o manto da tese de legítima defesa da honra ou outros argumentos que apontavam a mulher como culpada por sua própria extinção, gerando por consequência sua revitimização impulsionada por uma cultura patriarcal, que justifica a violência contra a mulher (Paiva; Mello, 2022).

A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779, do Supremo Tribunal Federal declarou a tese de legítima defesa da honra como inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CRFB/88), o direito à vida e à igualdade de gênero (art. 5º, *caput*, da CRFB/88), pontuando que é “[...] recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões” (ADPF 779, 2021, p. 2).

A sociedade brasileira tolera a violência contra a mulher, o que repercute em decisões judiciais, que não adotam uma perspectiva de gênero na análise do feminicídio, que ao ser tratado como um crime comum, suas dimensões sociais e particularidades são desprezadas (Paiva; Mello, 2022).

Devido aos contextos de sua ocorrência, há diferentes modalidades de feminicídio (não íntimo, lesbofóbico, transfóbico, infantil), dentre eles, o feminicídio íntimo cometido por quem a mulher tinha ou mantinha um relacionamento amoroso, conforme se retira do Modelo de

Protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (ONU Mulheres, 2014).

Em que pese as diferentes modalidades, Paiva e Mello (2022) concluíram em pesquisa empírica que há resistências, sobretudo, pelo Ministério Público quando do oferecimento de denúncias em reconhecer os feminicídios familiares ou não íntimos, ocasionando a invisibilização de mortes que ocorreram num contexto evidente de feminicídio, mesmo que não tenha sido o íntimo. Os números indicam que a maior incidência de feminicídios envolve relações íntimas de afeto, mas os outros contextos de menosprezo ou discriminação contra a mulher, não podem ser ignorados (Paiva; Mello, 2022).

A maior parte dos feminicídios acontecem dentro das casas das mulheres, cujos autores são companheiros ou ex-companheiros das mesmas, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023), no ano de 2022, eles foram responsáveis por 73% dessas mortes, sendo a residência o local de maior incidência (69,3%). Essa realidade reflete a violência doméstica e familiar que muitas mulheres sofrem no âmbito de seus próprios lares, que, ao invés de locais seguros, transformam-se em espaços de vulnerabilidades (Feito, 2007), não somente para as mulheres, mas também para os seus filhos, especialmente, na fase infantojuvenil.

Destaca-se ainda que as mulheres vitimadas pelo feminicídio são em maior número mulheres jovens que, provavelmente, já desenvolviam a maternidade no momento em que tiveram suas vidas ceifadas. Em 2022, 79,9% das mulheres tinham entre 18 e 49 anos de idade. Mulheres jovens que deixaram familiares e, provavelmente, filhos(as) que não têm outra alternativa senão crescer sem a companhia materna (FBSP, 2023).

Observa-se que tanto no número de feminicídios quanto nas demais mortes violentas de mulheres, as vítimas eram jovens. No tocante ao feminicídio, em 2022, 79,9% das mulheres tinham entre 18 e 49 anos de idade. Ressalta-se que o feminicídio não é um ato isolado (Prado; Sanematsu, 2022), em regra, é uma eclosão da violência sofrida pelas mulheres de forma frequente, especialmente quando o crime envolve a violência doméstica e familiar, definida como qualquer conduta que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher, conforme estabelecido no art. 5º, *caput*, da Lei nº 11.340/2006).

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2022, todos os indicadores de violência doméstica contra a mulher cresceram, sendo que somente relacionados à lesão corporal dolosa, foram 254.713 casos (FBSP, 2023). Diante disso, infere-se que crianças e adolescentes estão crescendo em lares turbulentos, presenciando a violência contra suas mães, mas também, por vezes, sendo atingidos pela violência.

Não são raras as notícias de morte ou quase morte de filhos que para salvar a mãe, se colocam em risco. Casos como o que ocorreu no Espírito Santo, em 15 de setembro de 2021 evidenciam essa realidade. Ysaquely Junia Gonçalves de Araújo, de 11 anos, morreu após tentar defender sua mãe Charlene de Lemes Gonçalves, 40 anos, de golpes de faca perpetrados pelo ex-companheiro, mas também foi atingida. As duas faleceram (Caliman, 2021).

Os feminicídios implicam em uma outra consequência que se destina às crianças e aos adolescentes que se tornam precocemente órfãos. Como abordado, a maior parte dos autores dessas mortes são os companheiros e ex-companheiros das mulheres, conclui-se que muitos deles são pais que retiram dos próprios filhos a possibilidade de crescer na companhia da mãe.

2 CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ORFANDADE DEVIDO AO FEMINICÍDIO: VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A orfandade em decorrência de feminicídio é uma consequência dos impactos causados na vida de crianças e adolescentes, que precisam desde cedo lidar com a ausência da companhia materna, a qual não só causa a impossibilidade de conviver com a mãe, mas também a mudança de suas vidas.

Apenas em 2021, estima-se que mais de 2.300 pessoas se tornaram órfãs devido ao feminicídio (Fantástico, 2022). O Portal Metrôpoles, em 19 de julho de 2023, informou que no Distrito Federal desde de 2015 até a citada data, contabilizava 319 órfãos pelo feminicídio, sendo que a maioria deles, mais precisamente, 202 (63%), eram menores de idade na época da morte da mãe (Rios, 2023). Assim, com os referidos dados, percebe-se que o feminicídio não termina com a morte da mulher. As consequências produzidas por sua ocorrência na vida dos filhos e familiares evidenciam os impactos acarretados pelo pós-feminicídio. Há expressiva necessidade de compreender tais repercussões (Chagas; Vieira; Medeiros; Ávila, 2022).

Chagas, Vieira, Medeiros e Ávila (2022) no trabalho “Impactos de feminicídios em familiares: saúde mental, justiça e respeito à memória”, por meio de uma análise documental de 34 processos judiciais de feminicídios consumados ocorridos no Distrito Federal, no período de 2016 e 2017, e também com a realização de entrevistas a 21 familiares das vítimas, constataram que:

[...] a maioria dos familiares não foi contatada pelo sistema de justiça, apesar de conhecerem o histórico de violência; houve agravos na saúde mental; o crime obrigou à reorganização familiar; os filhos experienciaram tripla perda: morte da genitora, prisão do genitor, e separação dos irmãos; crianças e adolescentes foram expostos à

cena do crime; o medo em relação ao agressor persistiu durante o processo; não houve acolhimento protetivo pelo sistema de justiça; houve queixas de revitimização e de violação à memória da vítima no julgamento e na cobertura midiática (Chagas; Vieira; Medeiros; Ávila, 2022, p. 31-32).

Nesse sentido, depois do feminicídio, os impactos continuam a produzir efeitos para os familiares que são obrigados a conviver com a ausência de um ente querido. Essa violência letal que elimina a vida de uma mulher mãe incide principalmente nos filhos, crianças e adolescentes, que também podem ter presenciado o evento trágico que retirou a mãe de sua convivência (Papłowski, 2022).

Assim sendo, o feminicídio afeta direitos fundamentais de crianças e adolescentes, que por estarem em desenvolvimento, sofrem ainda mais as repercussões do feminicídio. O art. 227 da CRFB/88 estabelece:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Os órfãos do feminicídio necessitam de políticas públicas para ajudá-los a enfrentar a realidade de não terem mais a companhia materna. De acordo com Chagas, Vieira, Medeiros e Ávila (2022) com o feminicídio ocorrem mudanças drásticas nas vidas crianças e dos adolescentes, que precisam mudar a rotina, já que passam aos cuidados de familiares, tendo, por vezes, que mudar de cidade ou de estado, ocasionando a separação dos demais familiares. Há nítida reorganização familiar que propicia o desencadeamento de ansiedade aos filhos das vítimas, pois “além de lidar com a perda materna, experienciaram profundas mudanças na rotina e nos vínculos sociais e familiares” (Chagas; Vieira; Medeiros; Ávila, 2022, p. 44).

Dessa forma, iniciativas de proteção voltadas para esse grupo de órfãos são necessárias para reduzir os impactos do feminicídio em suas vidas.

3 INICIATIVAS DE PROTEÇÃO

O Projeto de Lei 976/2022 de autoria da Deputada Maria do Rosário versa sobre a instituição de uma pensão especial no valor de um salário mínimo aos filhos menores de idade das mulheres vitimadas pelo feminicídio, que tenham renda igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário

mínimo. Em 09 de março de 2023, o referido Projeto de Lei foi aprovado pela Câmara dos Deputados e submetido à apreciação do Senado Federal.

Projeto de Lei semelhante é o PL 779/2023, de Autoria da Deputada Camila Jara que visa instituir o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) a ser pago mensalmente à criança e ao adolescente órfão, até a completude da maioridade civil, e nos casos de o beneficiário estar matriculado em curso de graduação, até os vinte e quatro anos de idade. O projeto busca implementar uma política nacional de proteção integral e atenção aos órfãos do feminicídio, compreendendo a assistência à saúde, à alimentação, à moradia, à educação e à assistência jurídica gratuita aos órfãos e aos responsáveis legais, nos moldes do art. 3º do citado projeto.

No que diz respeito ao que já se tem em relação à responsabilização do autor de violência doméstica, a Lei nº 8.213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) em seu art. 120, inc. II, dispõe que a Previdência Social ajuizará ação regressiva contra os responsáveis de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Também a Lei nº 13.715/2018 alterou o Código Penal, o Código Civil e o ECA para prever a hipótese de perda do poder familiar para o autor de feminicídio, assim como de outros crimes direcionados ao titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

Observa-se que já há iniciativas não só as que foram acima citadas, mas é necessário agilidade para o cuidado com os filhos das mulheres assassinadas, assim como para os familiares que podem não ter recursos para a assunção de responsabilidade dessas crianças e adolescentes órfãos. A proteção a ser realizada deve incidir nos aspectos material e psicológico, face ao trauma sofrido (Santos; Mafra; Marques; Souza, 2022). Nesse sentido:

[...] os estudos e discussões acerca da violência doméstica e feminicídio tendem a debruçar-se amplamente sobre a violência doméstica do ponto de vista da mulher que sofre violência, destaca-se que, com a morte de uma mãe, finda-se um possível trabalho dos órgãos públicos e, assim, seus filhos e filhas ficam desamparados. Dessa forma, deve-se considerar o impacto que tal fenômeno traz a outras famílias: aquelas que acolhem tais órfãos e órfãs. Muitos familiares não têm estrutura emocional, habitacional e/ou financeira para acolher e possibilitar um ambiente onde a criança ou o adolescente possa se reabilitar de tal trauma, para além do fato de, em se tratando de familiares maternos, estarem vivenciando também o luto. Evidenciam-se, então, os impactos nos direitos fundamentais do segmento infantojuvenil e nos direitos básicos das famílias (Silva; Paz, 2022, p. 102).

O ambiente familiar violento prejudica o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, que expostos à violência tornam-se mais vulneráveis e desprotegidos (Ministério da Saúde, 2010). Além disso, de acordo com Seijo Martinez, Fariña Rivera e Arce Fernandez

(2009), as repercussões da violência doméstica para os filhos produzem consequências físicas, como dores de cabeça, estômago, asma, alterações no sono e na alimentação; psicoemocionais, que possuem relação com o estresse pós-traumático como pesadelos, sintomas depressivos e fobias; e comportamentais, como agressividade ou inibição em seus relacionamentos, dificuldades de concentração e problemas de memória.

Infere-se, que quando um casal com filhos briga, não apenas a relação conjugal é abalada, mas também o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, afetando, por consequência, o livre exercício de direitos fundamentais, sobretudo no tocante ao desenvolvimento saudável e à convivência familiar com a mãe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem constitucional brasileira concedeu especial proteção jurídica a crianças e adolescentes, titulares de direitos especiais ancorados nos princípios de prioridade absoluta e proteção integral.

Nos 35 anos de Constituição Federal houve avanços no tocante à proteção integral das crianças e dos adolescentes, mas desafios são apresentados para a devida efetivação de seus direitos e garantias. Diante de um problema social como o feminicídio, a orfandade é uma consequência evidente para as mulheres que possuíam filhos(as).

Direitos fundamentais como a convivência familiar e o desenvolvimento saudável são violados à medida que o lugar que era para ser de segurança, como a casa, torna-se o local de maior vulnerabilidade para mulheres, crianças e adolescentes.

Considerando que o feminicídio não se encerra com a morte da mulher, a relevância de políticas de proteção para os órfãos é nítida, uma vez que um direcionamento voltado especificamente para esse grupo poderá contribuir para a redução dos impactos do feminicídio na vida de meninos e meninas, que, mesmo após os eventos traumáticos que vivenciaram seja presenciando a mãe ser agredida seja por terem visto ela morrer, precisam seguir em frente.

Percebe-se que já algumas iniciativas, nesse trabalho, não foram citadas todas, mas o que se observa é uma percepção já despertada de que há urgência de direcionar ações especificamente para grupos de crianças e adolescentes órfãos, como políticas de auxílio financeiro e psicológico, bem como por meio da responsabilização do autor de feminicídio, que perde o poder familiar (nos casos em que seja pai dos filhos órfãos), bem como na hipótese de

serem acionados pelo INSS em ação regressiva para arcar com as despesas despendidas pela Autarquia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Kamila. Orfandade por violência contra a mulher: uma pesquisa bibliográfica. **Civitas**, Porto Alegre, v. 16, n. 1, p. 20-35, jan./mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13715.htm. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 779 de 2023**. Institui a Política Nacional de Proteção e Atenção aos Órfãos do Feminicídio. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2238844&filename=Tramitacao-PL%20779/2023. Acesso em: 04 jul. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 976 de 2022**. Institui pensão especial aos filhos e dependentes menores de idade, órfãos em razão do crime de feminicídio tipificado no inciso VI do § 2º do art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), cuja renda familiar mensal per capita seja igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2244196. Acesso em: 04 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 779**. Inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra. Relator Ministro Dias Toffoli, 15 de março de 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>. Acesso em: 24 jun. 2023.

CALIMAN, Beatriz. **Filha morreu tentando proteger a mãe, diz delegado no ES**. Vitória: A Gazeta, 2021. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/policia/filha-morreu-tentando-protger-a-mae-diz-delegado-no-es-0921>. Acesso em: 25 ago. 2023.

CAMPOS, Carmen Hein de Campos. Feminicídio no Brasil uma análise crítico feminista. **Sistema Penal e Violência**, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 103-115, jan./jun. 2015.

CHAGAS, Cátia Betânia; VIEIRA, Elaine Novaes; MEDEIROS, Marcela Novais; ÁVILA, Tiago Pirebom de. **REDES**, Canoas, v. 10, n. 2, 2022.

FANTÁSTICO. **Só em 2021, mais de 2.300 pessoas se tornaram órfãs de vítimas de feminicídio no Brasil, aponta estudo**. Rio de Janeiro: G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2022/04/10/so-em-2021-mais-de-2300-pessoas-se-tornaram-orfas-de-vitimas-de-feminicidio-no-brasil-aponta-estudo.ghtml>. Acesso em: 03 mar. 2023.

FEITO, Lydia. Vulnerabilidade. **An. Sist. Sanit. Navar**, v. 30, p. 7-21, 2007.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 10 ago. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; INSTITUTO DATAFOLHA. **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/03/visiveleinvisivel-2023-relatorio.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

JUNG, Valdir Florisbal; CAMPOS, Carmen Hein de. Órfãos do feminicídio: vítimas indiretas da violência contra a mulher. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 79-96, jan./jun, 2019.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. Antropología, Feminismo y Política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. **Retos Teóricos y Nuevas Prácticas**, p. 209-239, 2011.

MARTINEZ, Dolores Seijo; RIVERA, Francisca Fariña; FERNÁNDEZ, Ramón Arce. La violencia doméstica: repercusiones en los hijos. In: RIVERA, Francisca Fariña *et al.* (org.). **Violencia de género: tratado psicológico y legal**. Madri: Biblioteca Nueva, 2009. p. 119-133.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Linha de Cuidado para atenção integral à saúde de crianças e adolescentes em situação de violência**: orientação para gestores e profissionais da saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

ONU MULHERES. **Modelo de Protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas de mulheres por razões de gênero (femicídio/feminicídio)**. Nova Iorque: ONU Mulheres, 2014.

PAIVA, Livia de Meira Lima; MELLO, Adriana Ramos de. Feminicídio e Poder Judiciário: uma análise feminista da reprodução de estereótipos e discriminação de gênero em decisões judiciais. **Revista IusGênero América Latina**, [S.l.], v. 1, n. 1, 2022.

PAPLOWSKI, Schirley Kamile. Como poderei viver sem a tua companhia? A criança órfã do feminicídio e o Sistema de Garantias dos Direitos. **Revista Húmus**, v. 12, n. 35, 2022.

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos Pagu**, v. 37, jul./dez. 2011.

RIOS, Alan. **Feminicídios deixaram 319 órfãos em 08 anos no DF, 63% menores de idade**. Brasília: Metrôpoles, 2023. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/feminicidios-deixaram-319-filhos-orfaos-em-8-anos-no-df-63-menores-de-idade>. Acesso em: 20 jul. 2023.

SANTOS, Débora Dias; MAFRA, Emy Hannah Ribeiro; MARQUES, Jessica Katharine Gomes; SOUZA, Luanna Tomaz de. Vítimas indiretas do feminicídio na jurisprudência criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Gênero na Amazônia**, Belém, n. 21, jan./jun. 2022.

SILVA, Camila Neves da; PAZ, Jennyfer Mayara Silva da. Violência doméstica contra a mulher: crianças e adolescentes como vítimas diretas. In: MENDONÇA, Valeria Nepomunceno Teles de (org.). **Ensinar a se proteger**: a autoproteção de crianças como estratégia de enfrentamento às violências. Recife: UFPE, 2022.

O MANDADO DE INJUNÇÃO 7.440 E A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

João Teixeira Fernandes Jorge¹

RESUMO: a regulamentação do artigo 243 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) contribuiria para a efetivação do princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV, do mesmo texto legal? A resposta é o objeto do presente ensaio. Ou seja, o primeiro artigo mencionado prevê a expropriação de propriedades rurais e urbanas em que localizada a exploração de trabalho escravo, contudo, sua incidência encontra-se obstada, pois ausente regulamentação por lei. Desta feita, a Defensoria Pública da União impetrou o mandado de injunção n.º 7.440, objetivando a regulamentação ou a aplicação analógica da Lei n.º 8.257/91, que regulamenta o artigo indicado no que tange a cultura ilegal de plantas psicotrópicas. O objetivo do presente ensaio é analisar se a regulamentação do artigo 243 da CRFB contribuiria para efetivação do princípio da livre concorrência. Os objetivos específicos são analisar, sinteticamente, (I) o trâmite do mandado de injunção n.º 7.440; (II) a afronta ao princípio da livre concorrência ao não se regulamentar o artigo 243 citado. A hipótese é que a regulamentação do artigo 243 contribuiria para a efetivação do princípio da livre concorrência, sendo este o resultado descrito nas considerações finais. Em relação ao marco teórico, utilizadas disposições previstas na legislação em vigor, bem como a literatura jurídica relativa ao trabalho análogo ao escravo, mandado de injunção e ao princípio da livre concorrência. Como método, optou-se pelo hipotético-dedutivo, adotando-se o procedimento da pesquisa qualitativa, mediante revisão legislativa e bibliográfica, a fim de analisar a correspondência com possíveis resultados.

PALAVRAS CHAVES: trabalho análogo ao escravo; mandado de injunção 7.440; princípio da livre concorrência.

INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa do presente ensaio consiste em responder o seguinte questionamento: a regulamentação do artigo 243 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) contribuiria para a efetivação do princípio da livre concorrência? A hipótese é de que a resposta é afirmativa, sendo a análise deste contexto o objeto da pesquisa.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0461466733561497>_E-mail: joaotfj@gmail.com

A análise ora desenvolvida se justifica eis que, consoante ao que será exposto no presente na sequência, o trabalho análogo à condição de escravo ainda é uma realidade no Brasil, que inclusive prejudica a competitividade de mercado.

Embora se trate de ato ilícito, inclusive previsto como conduta típica no artigo 149 do Código Penal, dados extraídos do sistema Radar SIT demonstram que não é baixo o número de trabalhadores resgatados nesta condição.

A prática atenta contra direitos humanos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração/dimensão, eis que desencadeia o cerceio da liberdade; prejudica as relações econômicas e sociais; além de não observar as determinações relativas ao meio ambiente saudável, especialmente na esfera laboral; logo, atentando contra o princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV, da CRFB.

Assim sendo, na medida em que o artigo 243 da Constituição Federal prevê a expropriação das propriedades ruais e urbanas em que localizadas a exploração de trabalho escravo, contudo, sua eficácia encontra-se condicionada à regulamentação legal, tem-se que o mandado de injunção n.º 7.440, que objetiva a aludida regulamentação ou a aplicação analógica da Lei n.º 8.257/91, que regulamenta o artigo indicado no que tange a cultura ilegal de plantas psicotrópicas, se apresenta como um instrumento que poderia contribuir para a efetivação do princípio da livre concorrência, ao superar a lacuna indicada.

Desta feita, o objetivo do presente ensaio é analisar se a regulamentação do artigo 243 da CRFB contribuiria para a efetivação do princípio da livre concorrência. O presente ensaio é composto pelos seguintes tópicos: (i) resumo, (ii) introdução, (iii) na primeira parte do desenvolvimento realizada uma abordagem, sucinta, sobre o conteúdo do mandado de injunção n.º 7.440, sua motivação e sua tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF); (iv) na segunda parte do desenvolvimento realizada uma abordagem, sucinta, sobre o princípio da livre concorrência, seu conceito, previsão legal, razão de sua existência e sua infração (em forma de infração da ordem econômica, abordando-se o artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011); (v) considerações finais; e, por fim, (vi) as referências utilizadas.

Ressalta-se que o presente ensaio não objetiva esgotar à temática abordada, mas somente realizar uma análise panorâmica do contexto, trazendo um indicativo, no sentido de esclarecer se a regulamentação do artigo 243 da Constituição Federal contribuiria para a efetivação do princípio da livre concorrência.

Considerando que o mandado de injunção n.º 7.440 foi impetrado em 09/03/2023, ainda não contando com o julgamento do seu mérito, a presente abordagem é relativamente nova, não

sendo localizados trabalhos acadêmicos que abordem o presente tema, a partir das premissas ora traçadas, em sites como o Google, Google Acadêmico, Scielo, busca temática no currículo Lattes e no catálogo de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

A título de metodologia, optou-se pelo método hipotético-dedutivo; à título de procedimento, pela pesquisa qualitativa; utilizada a revisão legislativa e bibliográfica; objetivando-se analisar a correspondência com possíveis resultados.

Finalmente, ressalta-se que a presente pesquisa pode contribuir academicamente, não só em relação a erradicação do trabalho escravo, mas também em relação a concretização do princípio da livre concorrência.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO 7.440 EM TRÂMITE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS MOTIVOS QUE ENSEJAM A REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal (CRFB) é expressa ao vincular a expropriação de imóvel em que localizada a exploração de trabalho escravo à previsão legal específica:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Neste sentido, à título de exemplificação, vale transcrever os termos do julgamento realizado em 17/10/2018, pelo Tribunal Regional da 4ª Região, nos autos 5000420-07.2016.4.04.7017, em que ressaltada a impossibilidade da expropriação do imóvel em que localizados trabalhadores em condições análogas à de escravos, face a ausência de previsão legislativa:

8. Afastamento da pena de perdimento da propriedade do imóvel. A norma constitucional prevista no artigo 243 da Constituição da República Federativa do Brasil demanda a existência de lei que a regule. Sem embargo, inexistente previsão legal quanto à expropriação de imóveis nos quais perpetrada a exploração de trabalho escravo (Brasil, 2018).

Trata-se da denominada norma constitucional de eficácia limitada, que, embora possua eficácia reduzida, demanda de edição de lei para desencadear sua eficácia plena: “[...] ao passo que as normas de eficácia limitada não se encontram em condições (pela sua insuficiente normatividade) de produzir, desde logo e por si só – isto é, independentemente da intervenção do legislador –, seus principais efeitos” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 230)

Com efeito, registra-se ampla dose de consenso quanto ao fato de que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade. Nesse sentido, todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis. Isso significa que até mesmo as assim denominadas normas de eficácia limitada (ou reduzida) são, nesse sentido, imediatamente aplicáveis (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 240).

No mesmo sentido, o artigo 5º, inciso XLI, da CRFB, também condiciona a punição de qualquer ato de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais à edição de lei específica:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Ou seja, embora a intenção constitucional seja clara e explícita, a eficácia do artigo 5º, inciso XLI, da CRFB, também não é imediata, demandando a edição de lei, a fim de definir os crimes atentatórios contra os direitos e liberdades fundamentais, bem como as suas respectivas punições (Moraes *et al.*, 2018, p. 389).

Este quadro demonstra que, embora diversos mandamentos constitucionais tenham sido explicitamente registrados no corpo da CRFB, inclusive evidenciando o seu *status* constitucional, sua efetiva tutela pelo poder judiciário encontra-se limitada, face a ausência de edição de lei pelo poder legislativo (Moraes *et al.*, 2018, p. 389).

Contudo, ressalte-se, eis que oportuno, que na hipótese da redução de outrem à condição análoga à de escravo, o artigo 149 do Código Penal define tal prática como conduta típica, passível de punição no âmbito criminal, seja em decorrência do cerceio da liberdade; seja por meio da submissão à trabalhos forçados ou de jornadas exaustivas; seja em decorrência do impedimento da locomoção; bem como na hipótese de trabalho em condições degradantes; prevendo a pena de dois a oito anos de reclusão e multa:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Note-se que neste caso a relação jurídica é complexa, na medida em que, quando imposto o trabalho análogo à condição de escravo, depara-se com o atentado à direitos de diversas dimensões/gerações, como exemplo, aponta-se o direito à liberdade (direito fundamental de primeira dimensão/geração); o direito ao trabalho digno e à justa remuneração (direitos fundamentais de segunda dimensão/geração); bem como ao direito ao meio ambiente saudável, no caso, em sua nuance laboral (direito fundamental de terceira dimensão/geração) (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 400-406).

Ademais, tem-se que o direito a não submissão ao trabalho análogo à escravidão trata-se do que a literatura jurídica denomina como direito humano fundamental, eis que tutelado tanto no plano nacional, quanto no plano internacional:

De acordo com o critério aqui adotado, o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados 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; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 390-391).

A Constituição Federal (CRFB) veda o trabalho análogo à condição de escravo em diversas disposições, cite-se, como exemplo, seu preâmbulo; seus artigos 1º, *caput*, inciso III; 3º, *caput*, incisos I, III e IV; 4º, *caput*, inciso II; 5º, *caput*, inciso III; 6º, *caput*; 7º, *caput*, incisos IV, XIII, XXII; 170, *caput*, inciso III; 225, *caput* e 243, *caput*.

Já no plano internacional, segundo o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o trabalho análogo à condição de escravo é vedado, cite-se como exemplo, nas Convenções 29 e 105 da OIT; na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas; ou ainda, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

No que tange ao Mandado de Injunção 7.444 (Brasil, 2023b), em trâmite no Supremo Tribunal Federal, sua análise demonstra que a Defensoria Pública da União ingressou com a

aludida demanda em 09 de março de 2023, buscando a eficácia plena do artigo 243 da CF, o que fez nos seguintes termos:

A concessão de medida liminar para que o estado brasileiro desde logo utilize o regramento previsto na lei 8.257 de 1991 para expropriação das propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde localizadas a exploração de trabalho análogo à escravidão e sua destinação a reforma agrária e programas populares sem qualquer indenização proprietário e sem prejuízo de outras sanções enquanto não sobreviver a legislação específica.

A concessão do mandado de injunção para determinar o congresso nacional que proceda a regulamentação do artigo 243 da constituição federal quanto a expropriação de propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde localizados a exploração de trabalho análogo escrava a escravidão e sua destinação reforma agrária e a programa de habilitação popular sem quaisquer indenizações aos proprietários sem prejuízo de outras sanções.

Os pleitos se justificam, eis que, após sete anos da promulgação da Emenda Constitucional 81, que conferiu a atual redação do seu artigo 243, este ainda pende de regulamentação por lei específica (Brasil, 2023b).

Não se olvide que segundo o Radar SIT, apenas no ano de 2023, até a data de 14/06/2023, foram resgatados 1.443 trabalhadores em condições análogas à de escravo pela fiscalização e inspeção do trabalho, tanto no âmbito urbano, quanto no meio rural, demonstrando que esta modalidade de trabalho ainda é uma realidade no Brasil - o Radar SIT indica que entre os 1995 e 14/06/2023, já foram resgatados pela fiscalização em inspeção do trabalho 61.711 trabalhadores em condições análogas à de escravos (Brasil, 2023a).

O Mandado de Injunção 7.440, que cita expressamente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), indica ser necessária a regulamentação do artigo 243 da CRFB, a fim de desestimular o trabalho análogo à escravidão, promovendo os direitos humanos dos trabalhadores brasileiros, inclusive de forma preventiva, redirecionando às propriedades ao cumprimento de sua função social, prevista constitucionalmente (Brasil, 2023b).

Ação apresenta estudos que indicam que embora a Justiça do Trabalho conceda indenização e/ou outras forma de condenação, não localizadas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, como um todo, aplicando o disposto no artigo 243 da Constituição Federal, nesta hipótese (Brasil, 2023b).

A demanda também registra o entendimento do Ministério Público do Trabalho, no sentido de ser possível a aplicação analógica da Lei n.º 8.257/1991, que regulamenta o processo de expropriação de terras em função do cultivo de plantas psicotrópicas, à situação do trabalho

análogo ao escravo; bem como o entendimento da literatura jurídica, no sentido de ser necessária a regulamentação da disposição legal indicada (Brasil, 2023b).

Em 17 de março de 2023, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, a antecipação dos efeitos da tutela objetivada pelo mandado de injunção indicado foi indeferida, com lastro no fundamento de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue no sentido de que não é possível a concessão de medida liminar em sede de mandado de injunção, inclusive inexistindo previsão legal para tanto, mencionando os termos da Lei n.º 13.300/2016 (Brasil, 2023b).

Em 27 de março de 2023, a advocacia da Câmara dos Deputados entendeu pelo indeferimento da petição inicial, eis que a impetração seria manifestamente incabível, e ainda postulou pelo indeferimento do pedido liminar, bem como pela denegação da ordem (Brasil, 2023b).

No mesmo leito, em 10 de maio de 2023, o Ministério Público Federal, por meio do Procurador-Geral da República, entendeu pelo não cabimento do mandado de injunção aludido (Brasil, 2023b).

Até a presente data, 02 de setembro de 2023, ainda não realizado o julgamento do mérito deste mandado de injunção (Brasil, 2023b).

Por fim, cumpre destacar que de acordo com o artigo 8.º da Lei 13.300/2016, uma vez reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: (i) afixar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; (ii) estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades e/ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria objetivando exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo afixado (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 1604-1606).

O parágrafo único, do artigo do artigo 8º indicado, ainda define que a decisão não precisará conceder prazo quando o impetrado já tiver deixado de obedecer a decisão que determinou a edição da norma em mandado de injunção anterior (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 1604-1606).

Ou seja, ao Poder Judiciário incumbe apenas declarar a mora do Poder Legislativo, dela o cientificando, sendo o escopo do mandado de injunção limitado à declaração da mora em legislar, nos termos do artigo 8.º, I, da Lei 13.300/2016; contudo, o mandado de injunção confere ao poder judiciário a prerrogativa de suprir a omissão do legislador, a fim de tornar exercitável e tutelável jurisdicionalmente o direito que depende da edição de norma,

possibilitando a concretização do direito e da sua tutela jurisdicional, consoante artigo 8.º, II, Lei 13.300/2016 (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 1604).

A esta conclusão se chega eis que o Poder Judiciário não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, determinada pela Constituição Federal, em decorrência da inércia legislativa. Assim sendo, ao entender desta forma, o Supremo Tribunal Federal não se limita a declarar a mora legislativa ou a impor ao legislador a observância do dever de legislar: a corte, abstraindo a consequência da inércia do Poder Legislativo, edita a norma faltante, tornando viável o exercício do direito, outrora flexibilizado pela ausência de edição de Lei (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 1603-1604).

2 O ATENTADO AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA EM DECORRÊNCIA DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Embora muitos asseverem que a Constituição Federal optou pela edificação de um Estado de cunho capitalista, logo, não incumbindo a este intervir na ordem econômica objetivando fins distributivos, o artigo 170 da Constituição é expreso ao condicionar a livre iniciativa aos demais princípios constitucionais, flexibilizando a liberdade de contratar, de lucrar e de explorar (Vargas, p. 162).

Ou seja, em que pese a liberdade econômica figurar como um dos alicerces da República Federativa do Brasil, a liberdade de contratar, de possuir bens e de gerar a atividade econômica, estão vinculadas aos valores sociais do Estado, visando assegurar a liberdade de atuar na esfera econômica conforme estes ditames pré-estabelecidos, inclusive visando e desencadeando o equilíbrio de mercado (Vargas, p. 162).

Essas diretivas contemplam, entre outros, os direitos sociais, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores, a livre concorrência e o respeito ao meio ambiente (Vargas, p. 162).

Esta concepção segue em harmonia ao entendimento de que o trabalho é, além de um meio idôneo para o trabalhador, cidadão, alcançar sua subsistência, um instrumento que possibilita o progresso social. Nesse sentido, a valorização do trabalho se transmuta na própria valorização da dignidade da pessoa humana (Vargas, p. 162).

Não à toa a ordem econômica descrita no artigo 170 da CRFB faz menção expressa às relações de trabalho; se encontra em harmonia aos fundamentos da República; e atende à ordem social e os direitos sociais (Vargas, p. 162).

Ainda nesta esteira, ressalte-se que o direito de propriedade está previsto, entre outros, no inciso XXII, do artigo 5º, da CRFB, e como todos os demais direitos, não se trata de um direito absoluto, podendo sofrer limitações, desde que razoáveis e proporcionais: não à toa o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, é expresso ao determinar que a propriedade atenderá sua função social (Vargas, p. 349-350).

Embora não exista um conceito definido sobre o que é função social no texto constitucional, sua redação define, ao menos, diretivas para sua concretização, como se vê no caso das propriedades em móveis rurais e imóveis urbanos (Vargas, p. 350-351).

Em relação a função social da propriedade rural, a Constituição Federal prevê, no mesmo artigo 5º, inciso XXIV, bem como no seu artigo 184, as hipóteses de desapropriação, face a necessidade de utilidade pública por interesse social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, resguardado o valor real, observadas as peculiaridades do artigo 185 (Ferrari, p. 450-451).

À fim de atender a função social, CRFB é expressa ao impor à propriedade rural a observância, simultânea, de todas as previsões contidas no seu artigo 186 (Ferrari, p. 466):

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A propriedade urbana, por sua vez, deve realizar as funções sociais da cidade, contemplando a moradia, condições adequadas de trabalho, recreação e circulação urbana. Assim sendo, o uso, a ocupação e a posse do solo urbano, deve observar a forma democrática de sua utilização, inclusive em atenção a coletividade (Ferrari, p. 451).

Ou seja, no que tange a função social da propriedade urbana, a Constituição Federal prevê, no seu artigo 5º, inciso XXIV, a desapropriação na hipótese de necessidade decorrente de utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos de imóvel urbano não edificado e/ou não devidamente utilizado (Ferrari, p. 450-451).

Ressalte-se, inclusive, que nos termos do artigo 182, parágrafo 4º, da CRFB, a propriedade urbana deve observar o plano diretor da respectiva área, promovendo o uso adequado do bem, sob pena de determinações compulsórias, incidência tributária progressiva e até desapropriação:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[..]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Ou seja, a observância da função social da propriedade é um princípio que afeta toda e qualquer propriedade, contemplando tanto a propriedade urbana, quanto a propriedade rural (Ferrari, p. 452).

Necessário ter em mente, que a função social não se confunde, nem se limita ao direito de propriedade, especialmente porque se trata de um direito fundamental que impõe limites, inclusive à ação legislativa, sempre objetivando sua manutenção contra intervenções ilegítimas (Ferrari, p. 451).

Neste sentido, o poder de polícia se apresenta, eis que este objetiva condicionar e restringir o uso e o gozo de quaisquer bens, atividades, direitos individuais, que prejudiquem o bem-estar social amparado na função social, em homenagem ao interesse social (Ferrari, p. 451).

Em relação ao princípio da livre concorrência propriamente dito, este está expressamente consignado no artigo 170 inciso IV, da Constituição Federal (CRFB): “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência”.

Uma de suas interpretações remete à ideia de um não fazer estatal, no caso, de uma intervenção estatal mínima, coibindo condutas empresariais que prejudiquem a liberdade de competição entre os concorrentes; contudo, o entendimento preponderante segue no sentido de

que a livre concorrência demanda uma intervenção estatal mais veemente, objetivando a efetiva manutenção da concorrência, prevenindo e reprimindo, por exemplo, praticas predatórias de mercado (Morais *et al.* 2018, p. 246). O artigo 173, parágrafo 4º, da CRFB, expressa esta lógica de sua incidência:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
[...]
§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Neste sentido, o princípio também indica que a interpretação conjunta do *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, do seu inciso IV, bem como do seu parágrafo único, remete à conclusão de que o legislador garantiu a manutenção da livre concorrência, bem como o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo exceções previstas em lei, desde que não praticados ilícitos (Teixeira, 2018, p. 667):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
IV - livre concorrência;
[...]
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Resumidamente, o direito concorrencial contempla duas formas de concorrência ilícitas, quais sejam: a) a concorrência desleal (neste caso, o ato ilícito provoca lesões diretas à determinada ou determinadas atividades empresariais) e a b) infração da ordem econômica (neste caso, as ações do agente infrator atentam contra as estruturas do mercado, prejudicando um maior número de interesses) (Teixeira, 2018, p. 667-668).

O quadro deixa vidente que a proteção da livre concorrência parte da premissa de que seja garantida não só a liberdade de acessar o mercado, mas também a possibilidade de se manter no mercado, assegurando, desta forma, a existência da efetiva livre concorrência, sem a gerência do Estado, bem como de obstáculos impostos por outros agentes econômicos, inclusive privados (Gomes, 2008, p. 25-26).

Desta feita, evidente que a liberdade de criar e de explorar determinada atividade econômica não deve ser admitida de forma absoluta, mas de forma vinculada à sua função e

valor social, respeitando os ditames previstos no artigo 170 da Constituição Federal (Gomes, 2008, p. 23). Em relação as infrações contra a ordem econômica propriamente ditas, a Lei 12.529/2011, disciplina que:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A transcrição dos demais incisos e parágrafos do referido artigo 36 é despendida, pois, para que os atos sejam considerados contrários a livre concorrência e capazes de desencadear o desequilíbrio da ordem econômica no mercado, basta que seus efeitos estejam contemplados das disposições acima indicadas, incumbindo ao julgador a respectiva aferição (Franceschini; Bagnoli, 2023).

Justifica-se esta forma de aferição na medida em que é impossível tipificar de forma prévia e precisa todas as práticas aptas a lesar a ordem concorrencial, ainda permanecendo a incumbência de se garantir a lisura concorrencial (Franceschini; Bagnoli, 2023).

Assim sendo, necessária uma esmerada interpretação e aplicação da norma, persistindo limites balizadores das atividades do respectivo julgador, sendo conveniente a análise do contexto, inclusive sobre viés da ciência econômica (Franceschini; Bagnoli, 2023).

Neste leito, vale ter em mente que o direito econômico contempla a capacidade de regular a ação dos agentes produtores no mercado, tanto no âmbito externo, por exemplo, protegendo a indústria doméstica por meio da legislação, mas também no âmbito interno, observando os ditames da legislação em vigor, tais como aqueles previstos no artigo 170 da CF, bem como na própria lei 12.529/2011 (Gonçalves; Stelzer, 2012, p. 2)

Hodiernamente, segundo os ditames esculpidos nos artigos 170 a 192 do Texto Constitucional de 1988, entremeados pelos princípios neoliberais⁵ flexibilizadores das relações de produção introduzidos por diversas emendas constitucionais, surgiu, em 30 de novembro de 2011, a Lei 12.529 para estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e criar o já, denominado SuperCADE, em ação desde 30 de maio de 2012.

Tal norma está embasada nos ditames de uma Ordem Constitucional Econômica que pugna, em seu artigo 170; pela livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, segundo observados os princípios da soberania econômica nacional, da propriedade privada e de sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca

do pleno emprego e do tratamento favorecido das pequenas empresas (Gonçalves; Stelzer, 2012, p. 3-4).

Nesse sentido, vale frisar que já superada a visão romantizada do mercado, eis que não existe o mercado em que há um grande número de demandantes e ofertantes, transacionando de forma homogênea (Gonçalves; Stelzer, 2012, p. 20).

Atualmente as relações econômicas são marcadas por várias distorções, sendo necessário o aparato normativo institucional a fim de propiciar um ambiente competitivo, mas também garantir os direitos relacionados aos trabalhadores, consumidores, ao meio ambiente, à expansão econômica, entre outros (Gonçalves; Stelzer, 2012, p. 20).

Assim sendo, práticas ilícitas que prejudiquem o ambiente concorrencial e competitivo, aos moldes a fixados pela legislação em vigor, inclusive sob a ótica do princípio da livre concorrência, devem ser reprimidas, especialmente em um mundo de concorrência globalizada, incumbindo à legislação em vigor o aprimoramento das relações econômicas de acordo com as previsões legais, desprezando a ideia de desenvolvimento econômico sem quaisquer entraves (Gonçalves; Stelzer, 2012, p. 20).

Ou seja, a Lei n.º 12.529/2011 opera em harmonia ao princípio constitucional da livre concorrência, eis que visa otimizar o ambiente concorrencial, logo, devendo reprimir atos ilícitos e delituosos – tal como o trabalho análogo à escravidão – eis que em desacordo com as diretivas afixadas pelo princípio indicado (Gonçalves; Stelzer, 2012, p. 20).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face ao todo exposto no presente ensaio, à título de considerações finais, tem-se que a regulamentação do artigo 243 da Constituição Federal contribuiria para a efetivação do princípio da livre concorrência.

Neste sentido vale ressaltar que a exploração do trabalho análogo à escravidão, além de conduta típica, prevista no artigo 149 do Código Penal, por consequência, também figura como ilícito, nos termos do artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011, e assim, atenta contra o princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal.

Desta feita, tem-se que a edição de lei, que regule o artigo 243 da Constituição Federal, na hipótese de redução de outrem à condição análoga à de escravo, ou a aplicação analógica da Lei n.º 8.257/91 à esta hipótese, se apresentam como diretivas que possibilitam a efetivação do o princípio da livre concorrência.

Considerando que estes são os pleitos contidos no mandado de injunção 7.440, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, tem-se que a ação mandamental se apresenta como uma verdadeira possibilidade não só de auxiliar no combate à uma das formas de trabalho mais repugnante, desprezível e perversa, não à toa rechaçada tanto no plano interno, quanto no plano internacional, mas também de assegurar que as atividades econômicas sejam realizadas de acordo com as previsões legais, atendendo trabalhadores, consumidores, demais concorrente que integram o mercado, entre outros, consoante ao que apregoa o princípio da livre concorrência.

A correta interpretação do princípio da livre concorrência demonstra que este não se limita aos interesses de determinado agente, inclusive aqueles que exercem atividades econômicas, sendo necessária a efetiva tutela e regulamentação do mercado por parte do Estado em prol de toda uma coletividade que se relaciona ao mercado.

O todo exposto demonstra a relevância para que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo observem e acolham os fundamentos que compõe o mandado de injunção 7.440, inclusive a fim de superar a cultura escravocrata típica da construção do Estado brasileiro, que ainda impera e beneficia um grupo seletivo, mas, por outro lado, atenta contra uma coletividade muito maior, ao desprezar os princípios que asseguram a condição humana e o desenvolvimento econômico-social, tal como o princípio da livre concorrência.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 set. 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 02 set. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o Processo e o Julgamento dos Mandados de Injunção Individual e Coletivo e dá Outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 02 set. 2023.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT. **Radar SIT**. Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil. Brasília, 2023a. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 7.440**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Presidente do Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. 2023b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6589744>. Acesso em: 02 set. 2023.
- BRASIL. Tribunal Regional da 4ª Região (8. Turma). **Apelação Criminal n.º 5000420-07.2016.4.04.7017/PR**. Penal. Apelação criminal. Redução à condição análoga à de escravo. Artigo 149 do código penal. Apelante: Adenir Stefenon. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Victor Luiz Dos Santos Laus, 17 de outubro de 2018.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FRANCESCHINI, José; BAGNOLI, Vicente. Capítulo V: condutas anticoncorrenciais. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. ed. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023. vol. VII. Ebook. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/tratado-de-direito-empresarial-vol-vii-ed-2023/1804172939>. Acesso em: 02 set. 2023.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica? *In*: DANTAS, Bruno *et al.* (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 331-346.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Aspectos econômico-jurídicos da nova Lei de Defesa da Concorrência Brasileira. *In*: PINTO, Felipe Chiarello de Souza; SOARES, Sônia Barroso Brandão; CLARK, Giovani (org.). **Direito e Economia – XXI CONPEDI**. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2012. p. 263-283. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f8684e630c4c30c>. Acesso em: 02 set. 2023.

MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial Sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ENTRE A FÉ E O TRABALHO: A LIBERDADE RELIGIOSA DE MULHERES PELA ÓTICA CONSTITUCIONAL

Lucieny Magalhães Machado Pereira¹

Marco Antônio César Villatore²

RESUMO: O presente artigo pretende aferir, se é possível garantir a liberdade religiosa de mulheres, impedindo a violação de seus direitos fundamentais, nos casos dessas mulheres possuírem chefes com posições religiosas diversas? O estudo parte do pressuposto que, devido, o Brasil ser um país Laico, possuidor de uma Constituição de 1988 mais humana da América Latina, por ter nos papéis laborais um maior percentual de mulheres ocupando o espaço no mercado de trabalho, poder-se-ia afirmar que essas mulheres em pleno Século XXI, 35 anos nesta Constituição, não sofreriam aviltamento por suas crenças, dado a pluralidade religiosa existente no país. Assim, objetivo geral deste estudo é identificar o respaldo apresentado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e interpretações das cortes judiciais, à mulher em ambiente de trabalho, especialmente quando ela se auto define de uma determinada crença religiosa, e, por condição dela, exterioriza por suas vestimentas, práticas alimentares ou de guarda, e tradições. Para a desenvoltura da presente pesquisa, se adotou o método de abordagem na linha de raciocínio hipotético-dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica e documental pela utilização de obras, textos legais, artigos científicos, livros e decisões de casos julgados no Brasil, extraídos de meios físicos e virtuais. Compreender, se, as decisões desses julgados trouxeram inovações para a Constituição, no que tange ao alcance de proteger a liberdade religiosa de mulheres é de alta relevância, pois tratam de decisões sobre usos e costumes, de amparo Constitucional no tocante a fé e o trabalho.

Palavras-chave: liberdade religiosa; violação aos direitos fundamentais; ambiente de trabalho seguro.

INTRODUÇÃO

A dimensão espiritual é condição existencial que assegura a autodeterminação pessoal e aspecto identitário do ser humano racional (Weingartner; Sarlet, 2016, p. 59). Desta forma, qualquer opressão e discriminação ao fenômeno religioso individual, se revela vetor de alto sofrimento emocional. Quando a discriminação ocorre no ambiente de trabalho e o sujeito de direito violado é uma mulher, o vetor assume contornos de maior complexidade pois é

¹Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pesquisadora. Professora no curso de Direito na Faculdade Guilherme Guimbala, em Joinville, SC. Coordenadora do CerNemape – Centro de Referência e Núcleo de Extensão Maria da Penha na ACE FGG. Advogada. E-mail: lucienymmp@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0707202257646222>

² Pós-Doutor em Direito Econômico pela Universidade de Roma II, “Tor Vergata”, Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”. Professor Associado I da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, do Curso de Graduação e, também, de Pós-Graduação (Mestrado e do Doutorado), ambas em Direito. Advogado. E-mail: marcovillatore@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6658857270253086>

relativamente recente a conquista dos direitos de as mulheres trabalharem, especialmente em lugar ambiente seguro, livre de opressões e discriminações.

Dentre as violações de direitos vivenciados por mulheres, é possível observar casos, no Brasil, em que há violações às vestimentas, alimentos e costumes de colaboradoras em ambiente laboral, especialmente, quando no ambiente de trabalho seus superiores hierárquicos carregam concepções religiosas divergentes, e, assim praticam ou permitem a prática de assédio moral à essa mulher.

Na maioria das culturas religiosas a vestimenta é fator bem marcante nas mulheres, o que por si só estereotipa a crença por ela aderida. Assim, não é incomum que dilemas entre fé e o trabalho cheguem até a apreciação da Corte Superior brasileira, necessitando de reforço da ótica constitucional sobre a liberdade religiosa de mulheres.

Nesse contexto, o presente artigo pretende responder a seguinte questão: Sendo o Brasil, definido pela Constituição Federal, um país Laico com pluralidade de crenças, é possível garantir a liberdade religiosa de mulheres, impedindo a violação de seus direitos fundamentais, nos casos dessas mulheres possuírem chefes com posições religiosas diversas?

Destarte, como objetivo geral, o estudo busca saber qual o respaldo apresentado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), especialmente quanto a mulher não ser aviltada por possuir uma crença religiosa, e por condição dela, exteriorizar, por suas vestimentas, tradições e práticas alimentares, no ambiente de trabalho. Em patamar específico, busca-se compreender se a CRFB/1988, nos seus 35 (trinta e cinco) anos de vigência, acolheu inovações legislativas para o alcance dessa liberdade ou proteção. Para a desenvoltura da presente pesquisa, se adotou o método de abordagem na linha de raciocínio hipotético-dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica e documental pela utilização de obras, textos legais, artigos científicos, livros e decisões de casos julgados no Brasil, extraídos de meios físicos e virtuais.

O estudo parte do pressuposto que, devido, o Brasil ser um país Laico, possuidor de uma Constituição de 1988 mais humana da América Latina, por ter nos papéis laborais um maior percentual de mulheres ocupando o espaço no mercado de trabalho, poder-se-ia afirmar que essas mulheres em pleno Século XXI, 35 (trinta e cinco) anos dessa Constituição, não sofreram aviltamento por suas crenças, dado a pluralidade religiosa existente no país.

Com objetivo de estruturar esse estudo, a primeira seção atentará ao papel de Estado, não confessional, que reverbera ao ambiente de trabalho, tornando a CRFB/1988 tolerante, cooperativa e solidária às pluralidades religiosas existentes.

A seção seguinte investigará o arcabouço legislativo trabalhista na busca de identificar, disposições atinentes ao direito de a mulher exteriorizar sua crença, a partir de sua convicção religiosa, sendo cumpridora das disposições descritas em seu contrato de trabalho.

Por fim, a seção subsequente, na busca em responder à questão central “se é possível garantir a liberdade religiosa de mulheres, impedindo a violação de seus direitos fundamentais, nos casos dessas mulheres possuírem chefes com posições religiosas diversas?”, para isso, o estudo aventará alguns casos julgados, inclusive, os que chegaram até a Corte Superior para acomodar esse direito fundamental e existencial de mulheres em ambientes de trabalho.

Compreender, se, as decisões desses julgados trouxeram inovações para a CRFB/1988, no que tange ao alcance de proteger a liberdade religiosa de mulheres é de alta relevância, pois tratam de decisões sobre usos e costumes, de amparo Constitucional no tocante a fé e o trabalho. Questão sensível no direito brasileiro e no mundo!

1 O MODELO DE ESTADO NÃO CONFSSIONAL DESCRITO NA CRFB/1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), especialmente no título II, prevê direitos e garantias fundamentais, incluindo direitos e deveres individuais coletivos relativos à liberdade de consciência e de crença. O amparo atual disserta que todo cidadão em solo brasileiro não seja privado de direitos por motivos de crença religiosa, de convicção filosófica ou política, sendo-lhe garantido o direito de ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença” (Brasil, 1988).

Importante salientar, que o Estado brasileiro apresenta no bojo de sua Constituição Federal vigente, a definição de ser um Estado Laico, não confessional, mas nem sempre foi assim, pois o Brasil tornou-se um Estado Laico somente, três meses após a Proclamação da República, “em 07 de janeiro de 1890” (Moraes, 2013, p. 69).

Nota-se que o conceito de Estado Laico impresso nesse movimento, surgiu com a finalidade de realizar a separação de Estado e Igreja, denotar a existência de uma cultura com pluralidade religiosa no Brasil, mudando expressões educacionais, “artísticas, literárias, musicais, plásticas e cênicas” (Alphonse; Scholz, 2019, p. 32).

Esse movimento era denominado “movimento pela laicidade”, movimento muitas vezes confundido com o movimento laicista, ou laicismo. Muitos apresentam tais palavras como “sinônimas, mas sua diferenciação é feita, basicamente, situando a primeira como regime estatal de tolerância, no qual o Estado e religião estão separados, em relação que implique sustento

financeiro”, admitindo manifestações religiosas diversas, e a segunda se total intolerância religiosa (Alphonse; Scholz, 2019, p. 32).

O Estado Laicista ou movimento pelo laicismo é um modelo de Estado que repudia a religião realizando a “separação Estado-Religião de forma mais violenta” não admitindo aventar temas religiosos em suas estruturas públicas (Alphonse; Scholz, 2019, p. 34).

Nessa brevíssima explicação, é possível retomar a análise do texto Constitucional vigente e aferir o modelo de Estado brasileiro, um Estado não confessional, pois não adere a apenas uma religião, todavia, não é um Estado Laicista que repudia todas as religiões.

O modelo de Estado brasileiro é laico, sobre todo seu ordenamento jurídico dispõe a possibilidade do povo brasileiro manifestar sua crença, sendo essa crença religiosa ou não. É inegável a proteção do Estado brasileiro no que concerne a um desenvolvimento livre de discriminações, preconceitos e constante busca pelas desigualdades, descrita nos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” descrita no artigo 3^a. da Constituição de 1988 (Brasil, 1988).

Compreender o modelo de Estado brasileiro como um modelo de Estado Laico, não confessional, é compreender que povo brasileiro possui uma ampla garantia à sua liberdade religiosa, e que “o constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual” (Moraes, 2013, p. 46).

Ressalte-se que essa garantia é “tanto ampla a liberdade de crença e cultos religiosos, como também ampla proteção jurídica aos agnósticos e ateus, que não poderão sofrer quaisquer discriminações pelo fato de não professarem uma fé” (Moraes, 2013, p. 46).

Esta disposição postula a ideia de tolerância religiosa e a proibição do Estado proibir ou impor uma religião oficial. Esse reconhecimento está destacado nos dispositivos da CRFB/1988, colacionados a seguir, *in verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros, e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Desta feita, o inciso IV que descreve ser livre a manifestação do pensamento, aponta também para a liberdade de realizar proselitismo religioso, ou seja, a manifestação de detalhes da convicção religiosa do indivíduo a outro, permitindo que esse outro contra argumente ou se interesse mais, ao ponto de aderir a convicção religiosa do locutor. Assim, é possível que essa conversa sobre religião ocorra em qualquer ambiente, seja público ou privado, inclusive, durante o intervalo das refeições nos ambientes de trabalho. Para Silva, é um ato lícito pois “enquanto fenômeno da consciência, sua liberdade não pode ser restringida, mas sua proteção constitucional é relevante, porque o início da atividade se dá no nível do pensamento, sem pensamento não há atividade, o fazer depende do pensamento, o pensar é a base do fazer” (Silva, 2009, p. 89).

Por isso, Silva esclarece que a liberdade do artigo 5º., Inc IV, da CRFB/1988, denota “liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes, pela qual ‘o homem tenda, por exemplo, a participar a outros suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção do mundo, suas opiniões políticas ou religiosas, seus trabalhos científicos’” (Silva, 2009, p. 90).

Portanto a liberdade de exteriorização do pensamento afeto a uma crença e religião é garantia constitucional prevista no art. 5º, sendo “inviolável a liberdade de consciência e de crença”, “assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa”, o qual, “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa”. Percebe-se quão ampla é esse direito albergado pela CRFB/1988 (Brasil, 1988).

Moraes, explica que “a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo” e acrescenta que “o constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual” (Moraes, 2013, p. 69).

Quando a Constituição de 1988 consagra a inviolabilidade da crença religiosa, inclui a “proteção à liberdade de culto e a suas liturgias” em qualquer espaço, público ou privado. Isso não significa que o Estado deixa de ser Laico, ou que o Estado está aderindo a uma religião específica, “isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa, como o

de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo”. O fato de o Brasil adotar um modelo democrático de direito e explicitar em sua CRFB/1998 diversos dispositivos sobre a questão religiosa, reforça a adoção do país no modelo de Estado Laico e não Laicista, como sendo um Estado onde há proteção à diversidade religiosa, sem opressão ou discriminação religiosa (Silva, 2009, p. 93).

Nesse tocante, é pertinente mencionar que o Brasil ratificou diversas Convenções Internacionais, as quais proíbem qualquer forma de discriminação por motivo de crença ou religião. Tais dispositivos internacionais, ecoam fortemente na CRFB/1988 e em todas as legislações que permeiam o território brasileiro. Assim, como os outros dispositivos da CRFB/1988 os quais explicitam sobre a questão religiosa, a saber os artigos “19, inc. I; 143, §§ 1º. e 2º.; 150, inc. VI, “b”; 210, § 1º.; 213, *caput*, e inc. II; e 226, § 2º. (além da referência, no Preâmbulo: “sob a proteção de Deus)” (Weingartner; Sarlet, 2016, p. 63).

Neste sentido, tais disposição da CRFB/1988 coadunam com o artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que “Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou particular”. É perfeitamente notável a expressividade do texto coadunando com os incisos IV, VI, VII e VIII do artigo 5º, da CRFB/1988.

Por isso, quatro anos de vigência da CRFB/1988, em 06 de novembro de 1992, vigorou o Decreto nº. 678/1992, ratificando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Esse ato trouxe para dentro da Constituição Federal brasileira um olhar interpretativo coadunando com as normas internacionais, o que eclodiu em diversas alterações nas interpretações dos dispositivos na CRFB/1988, bem como respaldou a interpretação conexa aos dispositivos da Corte Internacional (Brasil, 1992). Meritoso destacar os itens 1, 2 e 3 do artigo 12 do Pacto de São José da Costa Rica:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pelas leis e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou moral pública ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

Tais dispositivos, clarificam a obrigação do Brasil em proteger seus cidadãos nas questões de liberdade religiosa e de crença em qualquer ambiente, inclusive o laboral. Importante trazer à baila, que com o mesmo destaque o artigo 18 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, exalta redação semelhante:

1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

Pelos textos normativos expostos, é possível compreender que o modelo de Estado brasileiro é o não confessional, e é válido considerar que a Constituição de 1988 consagra a inviolabilidade de crença religiosa assegurando plena proteção à liberdade religiosa e sua exteriorização com o devido decoro, em qualquer ambiente, inclusive, no ambiente laboral, tornando a Constituição tolerante, cooperativa e solidária às pluralidades religiosas existentes.

2 AS DISPOSIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS AFETAS ÀS CONVICÇÕES RELIGIOSAS DE MULHERES: O QUE DISPÕE A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT)?

A CRFB/1988 assegura aos trabalhadores, direito a trabalhos dignos e livre de discriminações por motivos religiosos, uma vez que as proteções descritas no artigo 5º. da Constituição Federal reverberam nas disposições das legislações ordinárias, como o Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º. de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nesse sentido, é fundamental investigar o arcabouço legislativo trabalhista na busca de identificar, disposições atinentes ao direito de a mulher exteriorizar sua crença, a partir de sua convicção religiosa.

A CLT explicita no artigo 3º. de suas disposições o conceito de empregado e que este não sofrerá “distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador” (Viveiros; Lobo, 2023, p. 45). Tal destaque é imperioso, pois o que muitas mulheres sofrem, em ambiente laboral, é exatamente distinções relativas à sua condição de empregada, onde o empregador ou empregadora por estar na posição de mando, compreende que pode inferir sobre a crença de

suas subordinadas. Impondo suas próprias crenças ou impedindo que estas exteriorizem suas convicções religiosas.

Para incrementar questões religiosas relativas aos empregados, pela Lei nº.13.467/2017, foi inserido o § 2º. no artigo 4º. da CLT, dispondo sobre as exceções que não compreendem período de tempo de serviço, isso porque era comum, empregados permanecerem no local de trabalho para conversar sobre lazer, descanso, crenças, estudar, realizar a higiene pessoal ou realizar suas práticas religiosas. Essa alteração foi importante para acolher as diferentes realidades de crenças dos funcionários, uma vez que não era raro surgirem demandas trabalhistas pleiteando horas de aconselhamentos religiosos como horas extras trabalhadas (Brasil, 2017).

Salienta Luciano Viveiros e Luiz Felipe Bruno Lobo (2023, p. 50) que “o rol de hipóteses elencadas nos incisos do par. 2º., quando objeto de controvérsia, deve ser examinado à luz dos princípios da razoabilidade e da primazia da realidade”.

O direito de exteriorizar a crença no ambiente laboral era muitas vezes aviltado, especialmente, no que tange aos dias consagrados sagrados para descanso. Os empregadores por diversos motivos e ocasiões, exigiam que os trabalhadores prestassem serviços neste dia definido como feriado religioso ou em dias de guarda. Por isso é de fundamental relevância destacar os artigos 70 e 385 da CLT, alterados do seu texto original para explicitar essa proteção no Estado brasileiro (Saad, 2014, p. 193).

O Decreto-Lei nº. 229, de 28.02.1967, foi quem alterou os artigos 70 e 385 da CLT, definindo-os com a seguinte redação:

Art. 70 - Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria.

[...]

Art. 385 - O descanso semanal será de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas e coincidirá no todo ou em parte com o domingo, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, a juízo da autoridade competente, na forma das disposições gerais, caso em que recairá em outro dia.

Parágrafo único - Observar-se-ão, igualmente, os preceitos da legislação geral sobre a proibição de trabalho nos feriados civis e religiosos.

Ainda na vedação do trabalho nos dias considerados sagrados, é importante mencionar que há na CLT algumas exceções, possibilitando o trabalho em “dias santos de guarda” descritas nos artigos 227, § 2º. e 229, § 2º. da CLT, remuneradas extraordinariamente.

Art. 227 - Nas empresas que explorem o serviço de telefonia, telegrafia submarina ou subfluvial, de radiotelegrafia ou de radiotelefoneia, fica estabelecida para os

respectivos operadores a duração máxima de seis horas contínuas de trabalho por dia ou 36 (trinta e seis) horas semanais.

§ 2º. - O trabalho aos domingos, feriados e dias santos de guarda será considerado extraordinário e obedecerá, quanto à sua execução e remuneração, ao que dispuserem empregadores e empregados em acordo, ou os respectivos sindicatos em contrato coletivo de trabalho. [...]

Art. 229 - Para os empregados sujeitos a horários variáveis, fica estabelecida a duração máxima de 7 (sete) horas diárias de trabalho e 17 (dezessete) horas de folga, deduzindo-se deste tempo 20 (vinte) minutos para descanso, de cada um dos empregados, sempre que se verificar um esforço contínuo de mais de 3 (três) horas.

§ 2º. - Quanto à execução e remuneração aos domingos, feriados e dias santos de guarda e às prorrogações de expediente, o trabalho dos empregados a que se refere o parágrafo anterior será regido pelo que se contém no § 1º. do art. 227 desta Seção.

Importante mencionar, que muito embora previsão de exceção para trabalho em “dia santo de guarda”, é fundamental que haja um acordo prévio entre empregador e empregado.

O empregador não pode forçar o trabalhador a desempenhar suas funções no “dia santo de guarda”, pois a depender da convicção religiosa do trabalhador, fazer tarefas no “dia santo de guarda” se torna emocionalmente insuportável, pois afeta diretamente sua liberdade religiosa (Viveiros; Lobo, 2023, p. 183-184).

Nesse sentido, os autores da “CLT comentada” afirmam que “Foi uma pena que a atitude do legislador-remetendo o assunto para as negociações diretamente patrão e empregados ou entre aquele e o sindicato – não fosse tomada em muitos outros pontos da Consolidação das Leis do Trabalho” (Saad, 2014, p. 407).

Para a CLT, o empregado deve mencionar sua convicção religiosa ao ser contratado, e, ao empregador, este deve propiciar uma escala de trabalho diferenciada ao empregado, como prevê o artigo 59 da CLT, possibilitando a convenção por banco de horas (Brasil, 1943):

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

[...]

§ 2º. Para os atuais empregados, a adoção do regime de tempo parcial será feita mediante opção manifestada perante a empresa, na forma prevista em instrumento decorrente de negociação coletiva.

[...]

§ 5º. O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

Importa esclarecer, que no presente ano, mais uma vez a questão religiosa recebeu destaque para o ambiente do trabalho. Percebe-se que, legislar sobre práticas religiosas e ambiente laboral é afirmar que o modelo do Estado brasileiro é Laico e não Laicista, e que o

Estado dispõe protetivamente sobre todos os modelos de religião, e, não privilegia apenas um credo religioso.

Com a redação da Lei nº. 14.647/2023, foi inserido três parágrafos no artigo 442 da CLT, dispondo sobre modelos de trabalhos os quais foram retirados do rol de vínculos empregatícios com entidades religiosas (Brasil, 2023).

No que tange a vetar qualquer discriminação, a Lei nº. 13.467/2017 já mencionada, incluiu na redação da CLT o artigo 510-B que menciona claramente que nas empresas haverá comissões de “representantes dos empregados” com diversas atribuições, dentre as quais, define o inciso v que essa comissão deverá “assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical” (Brasil, 1943).

Ressalte-se que a liberdade religiosa por si só é tema sensível. No ambiente de trabalho a sensibilidade aumenta. Por isso é de extrema relevância tratar desse tema, pois atualmente, são muitas as denúncias de assédio moral no ambiente de trabalho. A liberdade religiosa de mulheres está inserida nesse rol de preocupações a nível nacional e internacional, representado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Nesse sentido, destaque para as seguintes Convenções (Viveiros; Lobo, 2023, p. 235):

Nº. 3. Proteção à maternidade, de 1919, ratificada em 1934.

Nº. 89. Trabalho noturno (mulheres), de 1948, ratificado em 1957.

Nº. 100. Igualdade de remuneração, de 1951, ratificada em 1957.

Nº. 103. Proteção a maternidade, de 1952, ratificada em 1965.

Nº. 111. Discriminação em matéria de emprego e ocupação, de 1958, ratificada em 1965.

Nº. 189. Igualdade trabalho doméstico, de 2011, ratificada em 2018.

Nº. 190. Combate à violência e ao assédio no trabalho, aprovada em 2019 e ainda não ratificada pelo Brasil.

Nesse estudo, é profícuo destacar a Convenção nº. 111 intitulada “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação”, aprovada em 1958, na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, passando a ter vigência no plano internacional em 15.6.1960, e no Brasil em 26.11.1965, especialmente a compressão do termo “discriminação”:

Art. 1 — 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:
a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, **sexo, religião**, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas

as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação (grifo nosso).

A Convenção nº. 111 da OIT é explícita que a identificação por “sexo” e “religião” é vetor predominantemente discriminatório no ambiente laboral, passível de ser responsabilizado o Estado membro que ratificou a referida Convenção e tratou com omissão os casos ocorridos em seu território, bem como, não tomou nenhuma providência para prevenir a incidência de situações discriminatórias (OIT Brasília).

Por isso, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou uma bússola aos julgadores de diversos âmbitos da Justiça, o “Protocolo para Julgamento com a Perspectiva de Gênero”, para que “possam ser aqueles que realizem o direito à igualdade e à não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê de forma a concretizar um papel de não repetição de estereótipos, de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos” (Viveiros; Lobo, 2023, p. 234).

A partir de então, todos os julgamentos precisam seguir as diretrizes do “Protocolo para Julgamento com a Perspectiva de Gênero”, motivo pelo qual estão sendo desenvolvidos treinamentos intensivos em todas esferas de julgamentos no país.

A CLT, muito antes da ratificação do Brasil pela Convenção nº. 111 da OIT já dedicou uma seção no Capítulo III de seu arcabouço legislativo (arts. 373 ao 377 da CLT), com preceitos que regulam o trabalho da mulher dando que proteção específica. Vejamos:

CAPÍTULO III

DA PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

SEÇÃO I

DA DURAÇÃO, CONDIÇÕES DO TRABALHO E DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

Art. 372 - Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

Parágrafo único - (Revogado pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 373 - A duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior.

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

[...]

Art. 377 - A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário.

Art. 378. (Revogado pela Lei nº. 7.855, de 24.10.1989)

A inclusão dessa preocupação com o trabalho da mulher está explícita em vetar práticas segregacionistas. Com a ratificação da Convenção nº. 111 da OIT, a correlação em discriminação por identificação “religiosa” e “sexo” fica mais visível no ordenamento.

Muito embora haja dispositivos na CRFB/1988, documentos internacionais e na própria legislação trabalhista, ainda há muitas demandas que versam sobre dilemas afetos às mulheres e às questões religiosas nos espaços laborais. São dilemas relativos às vestes da mulher trabalhadora, ao trabalho em “dia santo de guarda”, e outras controversas que afetam diretamente o desenvolvimento profissional da mulher. A liberdade religiosa dos trabalhadores e trabalhadoras são temas atuais e merecem total atenção.

3 JULGADOS SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA DE MULHERES EM AMBIENTE LABORAL: ENTRE A FÉ E O TRABALHO

A violência contra a mulher no âmbito do trabalho, no Brasil, tem sido marcada por diversas situações de constrangimento, assédio e violações de direitos. Diversas vulnerabilidades no âmbito do trabalho e muitas violações de direito no âmbito do trabalho estão sendo identificadas nas celeumas judiciais no Brasil e no mundo.

Nesse sentido, esclarece Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, que “apesar das mulheres terem conquistado um maior espaço no mercado de trabalho, [...], tais fatos, não tem sido suficiente para evitar algumas formas de discriminação em razão de gênero que comprometem diretamente as relações sociais e de trabalho” (Oliveira, 2016, p. 11).

Para as mulheres é comum o uso de roupas específicas, pois o não uso dessas vestimentas seria uma afronta a sua crença, assim, “vestimentas como o *hijah*, o *niqab* e a burca, utilizadas no dia a dia, são expressivas, em muito porque têm lugar em uma cultura e fé minoritárias e fortemente estereotipadas no Ocidente” (Sassi, 2021, p. 21).

Quando mulheres, cujas convicções religiosas são exteriorizadas por vestes ou adereços, o fato de não poder utiliza-las em qualquer circunstância, bem como o ato de ser ridicularizada, rejeitada pelo uso desse elemento religioso, é fator de discriminação. É fundamental compreender que as diferentes formas de se vestir fazem parte da diversidade cultural existente no meio de cada grupo religioso. Assim, um elemento que para um grupo representa submissão, para outro representa ser mulher, esclarece Sassi, (2021, p. 25):

Entretanto, entende-se que nem toda diferença deve ser vista como opressão, fazendo-se necessário averiguar os anseios das mulheres como sujeitas construtoras e reprodutoras de cultura e auto identidade. O véu possui simbologia que, para muitas muçulmanas, extrapola diferenciações patriarcais ocidentais de homem-mulher, significando, em alguns casos, elemento de luta política, de expressão do feminino e de apego ao transcendental.

Importante mencionar, que cada religião possui comportamentos e práticas específicas. Desta forma, como visto na legislação, a proibição do uso de vestimentas e adereços religiosos durante o horário de trabalho, incorre em uma violação ao direito fundamental de liberdade religiosa. Foi o que aconteceu no estado de Mato Grosso do Sul.

A senhora E. A. C. funcionária pública do serviço de saúde, desempenhou suas funções durante quase 3 anos fazendo uso de vestimenta condizente a sua convicção religiosa, uma saia. Após esse interregno lhe foi exigido o uso de calça como se este fosse equipamento de proteção individual. Contudo, como agente de saúde, “as atividades exercidas pela apelante são basicamente visitas elucidativas de cunho preventivo a doenças, que são efetuadas por meio de ações educativas”. Importa esclarecer que para que o empregador exija o uso de equipamentos de segurança, por força dos artigos 166 e 167 da CLT, a atividade deve ser de risco e o equipamento de segurança deve ser fornecido pelo empregador. Como visto, não era caso de ser atividade de risco. Nesse sentido, inclusive, o procurador do município emitiu parecer, o qual foi colacionado nos autos (TJMS, 2009):

[...] assim, se Administração Pública não propicia meios alternativos, bem como não demonstra que a atividade desempenhada pela apelante não apresenta nenhum tipo de insalubridade que lhe proíba a utilização de saia no serviço, o que por certo caracteriza em tratamento diferenciado, comete perseguição e viola direito líquido e certo da postulante.

A primeira decisão ao mandado de segurança proposto pela empregada foi uma negativa ao seu direito, onde o juízo competente afirmou que a trabalhadora deveria usar calça comprida por se tratar de equipamento de segurança”. Contudo, após a empregada apelar da decisão, o Tribunal de Mato Grosso reconheceu o seu direito à liberdade religiosa no ambiente de trabalho, posto que de fato a sua atividade não é atividade de risco e já há 3 (três) anos fazia uso da vestimenta que condizia com sua convicção religiosa. O empregador não satisfeito apresentou embargos de declaração alegando “omissão, contradição e obscuridade”, o juízo manteve a decisão e rejeitou os embargos, e assim decidiu (TJMS, 2009):

[...] Analisando os autos, verifica-se que a apelante vem sofrendo imposição de obrigação, sem previsão legal, sob a ameaça de rescisão contratual por justa causa (f.20), pelo fato de ter se recusado a usar calça comprida no ambiente de trabalho devido sua convicção religiosa. Cumpre ressaltar, que a recusa da apelante em usar calça comprida no ambiente de trabalho, não se deu por mero capricho ou por insubordinação infundada, mas, por seu compromisso pessoal com a religião que escolheu praticar. Portanto, ser pressionada a usar vestimenta contrária ao seu culto religioso, agride seu direito fundamental assegurado na Constituição. Não se pode olvidar que a apelante desempenhou suas funções durante quase 3 anos, sem qualquer imposição de utilização de calça comprida, sendo após esse interregno exigido como equipamento de proteção individual. Ocorre, que a imposição do uso de calça comprida nas atividades desempenhadas pela apelante, não se mostra imprescindível a sua atividade laborativa, uma vez que não houve mudança no desempenho de suas funções que justificasse tal obrigação, já que durante anos trabalhou vestida de acordo com sua convicção religiosa (saia). Conforme f. 60, as atividades exercidas pela apelante são basicamente visitas elucidativas de cunho preventivo a doenças, que são efetuadas por meio de ações educativas. Importante observar que a atividade exercida pela apelante não apresenta nenhum tipo de insalubridade que lhe proíba a utilização de saia no serviço. Assim, há de se consignar que ao impor o uso de calça comprida, a apelante tem agredida sua garantia individual de não ter privado seus direitos em razão de sua crença religiosa, ressalte-se que não há obrigação legal específica que lhe obrigue a tal comportamento. É necessário reconhecer que todas as pessoas têm direitos e liberdades fundamentais inerentes à condição humana e de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais de seus cidadãos. Diante disso, a imposição do uso de calça comprida no ambiente de trabalho, fundada tão somente no pálido argumento de ser para própria segurança da apelante, fere frontalmente preceitos constitucionais. Importante frisar também que o modo pelo qual as religiões tradicionais exteriorizam suas crenças necessita da prática de ritos, cerimônias, cultos, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, seguindo a forma indicada pelo credo escolhido. Note-se que sobre a liberdade religiosa, a Constituição Federal consagra a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, que devem ser interpretadas de forma compatível, de modo a não inviabilizar os direitos e garantias fundamentais que neles se encontram consagrados.

[...]

É direito fundamental de toda pessoa, não ser obrigada a agir contra a própria consciência e contra princípios religiosos. Segue-se daí, não ser lícito obrigar cidadãos a professar ou a rejeitar qualquer religião, ou impedir que alguém entre ou permaneça em com unidade religiosa ou mesmo a abandone. Diante de todo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para conceder a ordem postulada, a fim de determinar que[...] se abstenha de exigir que a apelante use calça comprida para trabalhar, permitindo assim que se vista de acordo com suas convicções religiosas.

Nesse processo, fica nítido a discriminação religiosa sofrida por essa mulher em ambiente laboral, quando seu superior lhe impõe uma ordem que contraria sua convicção religiosa. Moraes (2013, p. 68) explica que “o direito de escusa de consciência não está adstrito simplesmente ao serviço militar obrigatório, mas pode abranger quaisquer obrigações coletivas que conflitem com as crenças religiosas, convicções políticas ou filosóficas”.

A escusa de consciência, descrita no inciso VIII do artigo 5º, da CRFB/1988 é tema delicado, e comumente arguido. O RE 611874 e o ARE 1099099 são casos que tratam de escusa de consciência, ambos pleiteiam por seu direito, por serem cidadãos com crenças religiosas por considerarem a guarda do sábado dia sagrado. No caso do RE 611874, o autor pleiteou o direito de fazer uma das provas do edital em horário diverso do sábado devido suas convicções religiosas. O Tribunal Regional Federal da 1ª. região concedeu o direito e a União recorreu ao STF (STF, 2020). No segundo caso, ARE 1099099, a autora, não compareceu aos sábados por ser guardadora do sábado, reprovado no estágio probatório, e por isso recorreu da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) ao STF (STF, 2022).

Nesses casos, o STF entendeu que pela leitura dos artigos de liberdade religiosa o direito a esse direito fundamental era garantido, contudo interpretaram esse direito acrescido dos princípios da administração pública. Assim, ao julgar os casos, o STF fixou duas teses de repercussão geral sobre o tema de liberdade religiosa no ambiente laboral:

No RE 611874: “Nos termos do artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarreta ônus desproporcional à administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada”.

No ARE 1099099: “Nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, é possível à administração pública, inclusive durante o estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que, presente a razoabilidade da alteração, não se caracterize o desvirtuamento no exercício de suas funções e não acarretem ônus desproporcional à administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada”.

Para o ministro Marco Aurélio, ao julgar o RE 611874, ele afirmou que o “tratamento foi igualitário, uma vez que ele apenas realizou a prova de esforço com os candidatos de outro estado e não pretendeu uma segunda chamada”. Contudo, no ARE 1099099, o ministro entendeu que “não há direito líquido e certo a ser reparado, porque ela não justificou à

administração pública as 90 ausências nem tentou permuta com colega, causando encargos à administração” (STF, 2020).

É cediço, que mesmo sendo um direito fundamental, é importante observar que não é possível alegar a escusa de consciência para deixar de cumprir com sua obrigação legal sem uma possibilidade alternativa, pois caso contrário, seria privilegiar uma determinada religião. Para Weingartner e Sarlet (2016, p. 81) essas ações são legítimas quando predisposto pela “manutenção do livre fluxo de ideias religiosas e se comprovadamente não houver outro meio gravoso de se alcançar esse desiderato, devendo-se ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário”.

Outro caso que afeta o direito de liberdade religiosa de mulheres, nesse caso de forma indireta, é o julgamento do Recurso Extraordinário 859376, onde a União recorreu ao STF da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região que afastou a aplicação da Resolução 192/2006 do Contran e permitiu o uso da vestimenta religiosa das mulheres freiras, o hábito religioso para o registro da fotografia para a Carteira Nacional de Habilitação (CNH). Para as freiras, o hábito é vestimenta indispensável à sua crença religiosa e a CNH é fundamental às atividades diárias dessas mulheres que possuem como ofício de vida, a prática religiosa na Congregação das Irmãs de Santa Marcelina.

Significativo esclarecer que o caso ainda não foi julgado pela Corte Suprema brasileira, pois, o STF por unanimidade reconheceu a existência de Repercussão Geral ao caso, no dia 30/06/2017. Após essa data, vários *amicus curiae* peticionaram nos autos. O fato relevante do caso, é que a Resolução n. 192/2006 do CONTRAN, apresenta “balizas para a fotografia a ser utilizada na confecção da CNH com uma única finalidade, a saber: garantir o perfeito reconhecimento fisionômico do candidato ou condutor. A utilização do hábito pelas religiosas não impede o seu perfeito reconhecimento fisionômico” (STF, 2017).

Ao deflagrar a Repercussão Geral do Tema, o ministro relator menciona o caso emblemático que tramitou na Corte Europeia de Direitos Humanos, o qual considerou legítimo e proporcional à restrição da liberdade individual em detrimento de requisitos essenciais e mínimos da manutenção da vida em sociedade. Importa esclarecer que o modelo de Estado o qual essa decisão se refere não é o mesmo modelo de Estado Laico brasileiro. Conforme se extrai dos autos, esse é o grande ponto de atenção a ser analisado nesse caso:

- (i) A utilização do hábito é parte integrante da identidade das Irmãs de Santa Marcelina, não correspondendo ao uso de um acessório estético; (ii) impor a uma freira a retirada do véu equivaleria a exigir que um indivíduo retire a barba ou o bigode, afrontando a capacidade de autodeterminação das pessoas; e (iii) o

impedimento ao uso do traje mitiga o reconhecimento pelo Estado à liberdade de culto (STF, 2017).

Importante atentar às decisões que repercutem na interpretação dos dispositivos da CRFB/1988, pois se os precedentes passarem a flexibilizar o direito fundamental de liberdade religiosa, logo, as mulheres, pois são elas que mais exteriorizam suas crenças através das vestimentas e acessórios, precisarão esconder seus colares, miçangas, contas, guias ou crucifixos, em nome de uma interpretação que descoaduna com a liberdade religiosa e avilta a autodeterminação dos indivíduos em sua crença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidenciado que a liberdade religiosa configura um direito que desenvolve a própria dignidade, portanto, quando esse direito é desrespeitado, a própria dignidade e os direitos humanos também são violados.

No tocante ao ambiente do trabalho, especialmente as violações perpetradas contra as mulheres em ambiente laboral têm despertado atenção da comunidade internacional, a exemplo a OIT (Organização Internacional do Trabalho) criada em 1919, formada por representantes dos governos, das organizações de empregadores e de trabalhadores, tem a função de elaborar, adotar, aplicar e promover Normas Internacionais do Trabalho. No ambiente de trabalho, é fundamental que a empregada informe ao empregador de suas convicções religiosas e o que essa crença afeta ao trabalho, para que o empregador, por omissão de informação infrinja os direitos fundamentais da mulher em ambiente de trabalho.

Relevante ressaltar que os julgados não trouxeram inovações às disposições fundamentais da CRFB/1988, mas trouxeram acomodações aos casos em concreto, a partir da compreensão dos onze ministros da Corte Guardiã da Constituição. Fato esse que ecoa diretamente na atuação da mulher em ambiente de trabalho, pois no tocante a liberdade religiosa é a que mais exterioriza sua crença no dia a dia e fica mais exposta as situações de discriminação, de desigualdade de tratamento e de violência baseada no gênero.

Por fim, importante compreender que a Constituição da República Federativa do Brasil, nesses trinta e cinco anos de vigência, acolheu dispositivos internacionais que fortaleceram suas bases de dignidade da pessoa humana, especialmente no que tange ao combate ao assédio e discriminações no ambiente laboral, especialmente no que tange às questões de gênero. Nesse quesito é importante que todos fiquem atentos e corroboram em uma fiscalização eficaz no

ambiente laboral, evitando a perpetuação de atos que aviltam a liberdade religiosa da mulher e de todos no ambiente laboral.

É profícuo adequar às organizações laborais para propiciar um ambiente colaborativo, respeitoso e humanizado entre as diferentes culturas e crenças existentes, tornando um ambiente de trabalho seguro em relação à pluralidade religiosa. A não observância desses preceitos é uma violação aos direitos humanos sendo possível sim uma guarida Internacional.

REFERÊNCIAS

ALPHONSE, Ana Luiza de Oliveira; SCHOLZ, Julia Farah. Aspectos Semióticos e Jurídicos da Laicidade no Brasil. *In*: CORRÊA, Caetano Dias (org.). **Direito e Religião: Estudos Iniciais**. Londrina: Thoth, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 25 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. **Comentário Geral nº. 22 do Comitê de Direitos Humanos**: Artigo 18 (Liberdade de pensamento, consciência ou religião)1993. Disponível em: <https://www.direitoereligiao.org/recursos/documentos/comentario-geral-22>. Acesso em: 10 ago. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero – o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Ambientes de trabalho seguros e saudáveis livres de violência e de assédio**. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_783092.pdf. Acesso em: 25 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C111 – Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação**. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 1958.

Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 17 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Recomendações do Fórum sobre questões de minorias em sua sexta sessão: garantindo os direitos das minorias religiosas**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 2013. Disponível em: <https://www.direitoereligiao.org/recursos/documentos/recomendacoes-onu-2014>. Acesso em: 11 ago. 2023.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho**: comentada por Eduardo Gabriel Saad. 47. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SASSI, Ana Paula Zappellini. O Direito Feminino à utilização do Véu Islâmico: análise da discursividade a respeito da indumentária no âmbito da Liberdade de Crença. In: CORRÊA, Caetano Dias (org.). **Direito e Religião**: novos estudos. Londrina: Thoth, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STF. **ARE 1099099**. Recurso Extraordinário com Agravo. Número Único: 1022527-95.2014.8.26.0564. Relator: Ministro Edson Fachin. Repercussão Geral Tema 1021, data do julgamento 12/12/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5326615>. Acesso em: 17 set. 2023.

STF. **RE 611874**. Recurso Extraordinário Sem Número Único. Relator: Ministro Edson Fachin. Repercussão Geral Tema 386, data do julgamento 26/11/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3861938>. Acesso em: 17 set. 2023.

STF. **RE 859376 RG/PR**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Repercussão Geral Tema 953, data do julgamento da Repercussão Geral 29/6/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312131493&ext=.pdf>. Acesso em: 17 set. 2023.

TJMS. **Acórdão 144313**. Autos N. 2009.008554-8/0001-00 - Campo Grande. Relator: Desembargador Sideni Soncini Pimentel. Quinta Turma Cível, data de julgamento: 10/7/2009. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=144313&cdForo=0>. Acesso em: 17 set. 2023.

TJMS. **Acórdão 149529**. Autos N. 2009.008554-8/0001-00 - Campo Grande. Relator: Desembargador Sideni Soncini Pimentel. Quinta Turma Cível, data de julgamento: 10/9/2009. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=149529&cdForo=0>. Acesso em: 17 set. 2023.

VIVEIROS, Luciano; LOBO, Luiz Felipe Bruno. **CLT Comentada: edição comemorativa de 80 anos**. Organizado por Gabriela Salgado. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2023.

WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiros Setor**, v. 3., n. 2, jul./dez. 2016. Disponível

em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/7739>. Acesso em: 30 jul. 2023.

O BLOCO DE LABORATIVIDADE VOLÁTIL COMO CRITÉRIO DE CONSTITUCIONALIDADE

Miriam Olivia Knopik Ferraz¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo propor o Bloco de Laboratividade Volátil como critério de Constitucionalidade, à luz dos 35 anos da Constituição de 1988. Busca-se responder o questionamento: Quais os parâmetros para a formação da compreensão da Constituição do Trabalho e o Bloco de Laboratividade? Para a realização do objetivo traçado e o questionamento apresentado, utiliza-se da metodologia lógico dedutiva lastreada na revisão bibliográfica, subdividindo-se nos seguintes temas: a compreensão da teoria da Constituição do Trabalho em análise aos dispositivos sobre a temática do trabalho no âmbito da Constituição de 1988; Posteriormente o desenvolvimento da Teoria do Bloco de Laboratividade como paradigma de construção e fortalecimento dos direitos sociais do trabalho em especial para a formação da base do controle de constitucionalidade e convencionalidade e, demonstrando a sua compatibilidade com o princípio protetivo e da norma mais favorável, para a construção de um Bloco de Laboratividade Volátil.

PALAVRAS-CHAVE: 35 anos da Constituição; Constituição do Trabalho; direitos fundamentais sociais; bloco de laboratividade.

INTRODUÇÃO

O Trabalho é um fator que visceralmente denuncia as mudanças sociais, econômicas e políticas. É ele que transborda reflexos por meio de seus diversos agentes e, por isso, os 35 anos da Constituição de 1988, ao menos no ponto do Trabalho não representaram a sua estagnação.

Ano após ano, 140 Emendas Constitucionais e algumas Reformas Trabalhistas permitiram e fomentaram a “modificação dos parâmetros”: seja pelo argumento de uns pela ampliação das proteções, seja pelo argumento de outros para a flexibilização. Qual o parâmetro?

O Parâmetro para a condução da sociedade em um objetivo que vise a valorização do trabalho digno é o Bloco de Laboratividade, uma forma de representação para um critério antigo: o bloco de constitucionalidade como parâmetro para o controle de constitucionalidade. Muito além das amarras do controle de constitucionalidade difuso e concentrado, propõe-se um

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) com dupla titulação em Dottorato di Ricerca na Universidade de Roma Sapienza - La Sapienza. Membro da Delegação Brasileira da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro do Grupo de Estudos de Análise Econômica do Direito da PUCPR. Professora da FAE Centro Universitário. Membro da Comissão de Direito do Trabalho, Direitos Culturais, e de Direito Empresarial da OABPR. Conselheira da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná. Membro do Instituto Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho. Advogada e Sócia Fundadora do Knopik & Bertoni Sociedade de Advogados. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4312339156293623>. E-mail: m.okf@hotmail.com

Bloco de Laboratividade Volátil que possa servir de parâmetro à todos: Estado, Trabalhadores e Empresas.

O que é um Bloco de Laboratividade Volátil? Esta pergunta-chave. Para a estruturação deste trabalho utilizou-se a metodologia lógico-dedutiva, partindo da temática geral para a específica e, assim, subdividiu-se a pesquisa em: a compreensão da teoria da Constituição do Trabalho, apresentada por Cleber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida demonstrando e analisando os dispositivos sobre a temática do Direito *do* trabalho e o Direito *ao* Trabalho no âmbito da Constituição de 1988.

Posteriormente avança-se para o estudo da Teoria do Bloco de Constitucionalidade e a relação direta com a Teoria do Bloco de Laboratividade como paradigma de construção e fortalecimento dos direitos sociais do trabalho. Por fim, demonstra-se a relação e a importância do estabelecimento deste parâmetro e o seu confronto com o princípio protetivo a norma mais favorável.

1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 COMO A CONSTITUIÇÃO DO TRABALHO DO BRASIL

No âmbito Brasileiro ocorreu uma Revolução no Direito do Trabalho, como aponta Márcio Túlio Viana por meio de diversas vertentes que ocorreram nos anos 80 como o fortalecimento dos sindicatos, a valorização dos direitos humanos após a ditadura, a atuação sindical em confronto a tendência flexibilizatória (Viana, 2007, p. 181-183). Após, a Constituição de 1988 é considerada um marco para a proteção ao trabalho, ampliando e consolidando direitos trabalhista, sendo ainda, apontada por Maurício Godinho Delgado como o caminho para a democratização da gestão trabalhista (Delgado, 2015, p. 128).

A presença do trabalho no texto constitucional é ampla: primeiro no preâmbulo, diante da menção da valorização dos direitos sociais e individuais; após em sua base principiológica por meio da elevação da dignidade humana, valor social do trabalho, da livre iniciativa; e, também pelo objetivo de uma sociedade livre, justa e igualitária (Almeida; Almeida, 2017, p. 116).

Apona-se ainda o Título I que apresenta os princípios fundamentais e o Título II, intitulado de Direitos e Garantias fundamentais, em que há a elevação dos direitos sociais em especial, para este trabalho, ao “trabalho, os direitos inerentes ao trabalho e o direito do trabalho à condição de elementos constitutivos da ordem constitucional” (Almeida; Almeida, 2017, p.

116). Neste título, amplia-se o destaque par ao Capítulo II, do Título II, nos artigos 6º ao 11º a Constituição, em que se vislumbra expressamente a intenção de proteção dos direitos do trabalho, considerando uma grande interconexão entre os direitos. Deste movimento impôs-se “ao restante do universo jurídico uma influência e inspiração justralhistas até então desconhecidas na história do país” (Delgado, 2015, p. 130).

Quando pensa-se em um Direito do trabalho logo remete-se a dogmática tradicional que faz remissão a direitos objetivos específicos, como: a valorização da igualdade de direitos para os trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, *caput*), o proteção aos trabalhadores avulsos (art. 7º, XXXIV); proteção dos direitos das trabalhadoras domésticas (art. 7º, parágrafo único); as proteções à gestante, através da licença previdenciária de 120 dias (art. 7º, XVIII) e da estabilidade (Art. 10, II, “b”, ADCT); a licença paternidade para cinco dias (art. 7º, XIX e art. 10, § 1º ADCT); o aviso prévio para 30 dias (art. 7º, XXI); a prescrição para cinco anos (art. 7º, XXIX, “a”); reconhece à livre associação (art. 5º, XVII); a possibilidade de associações e cooperativas (art. 5º, XVIII); a negociação coletiva como mecanismo de participação (art.7º, XXVI); a estruturação da participação sindical (art. 8º); a greve (art. 9º). Reconhecendo alguns direitos relacionados à dimensão “Direitos *do* trabalho”, relacionados aos direitos que compõe a vivência da trabalhadora e do trabalhador. É por meio desses parâmetros constitucionais positivados que alguns autores afirmam ter sido feito o reconhecimento da “subjetividade política da classe trabalhadora” (Herrera, 2015, p. 53), por meio de “direitos de participação, associação, reunião, greve e negociação coletiva” (Almeida; Almeida, 2017, p. 117), alcançando um nível de transformação social através da “luta democrática, eleitoral e sindical” (Herrera, 2015, p. 53).

De forma paralela, mas não menos importante, tem-se o reconhecimento de um Direito *ao* Trabalho² no próprio art. 6º, mas também, como aponta Gustavo Zagrebelsky (2013, p. 39), por meio da imposição do valor social do trabalho enquanto princípio.

Apesar das disposições constitucionais estarem relacionadas e intituladas como “trabalho”, em realidade vislumbra-se uma valorização a modalidade de emprego (Almeida; Almeida, 2017, p. 117), como um ponto chave de priorização constitucional, como vislumbra-se na valorização do pelo pleno emprego como princípio da ordem econômica³ (art.170, VIII), e a própria disposição constitucional que é fundada em uma efetiva relação de emprego (art. 7º ao 11 da CRFB/1988). Destaca-se que os direitos elencados na Constituição possuem relações

² Maria Patrícia Kurczyn Villalobos sustenta um direito natural ao trabalho – sobre o tema, consulte: Villalobos (1995, p. 169-203).

³ É um dever também decorrente do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

entre si, quando há o acesso a um, outro se manifesta positivamente, como um mecanismo de empoderamento, emancipação e transformação (Sen, 2000, p. 334).

A ideia de constitucionalização de algum Direito surge quando há a “introdução de uma primeira Constituição escrita em um ordenamento que ela carecia anteriormente” (Guastini, 2009, p. 50). Diante disso e das temáticas apresentadas, considera-se a Constituição de 1988 um marco para a proteção do direito fundamental do trabalho (Ferraz, 2018, p. 45). Alfonso García Figueroa aponta a constitucionalização como um processo que possui como resultado a transformação do Direito pela Constituição (Figueroa, 2009, p. 159-186). Como reflexo dessa Constitucionalização tem-se a “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito” (Silva, 2011, p. 39).

Assim, por meio da incorporação formal das normas que o “elenco dos direitos, liberdades e garantias constitucionais contém o que poderíamos designar por ‘constituição laboral’” (Fernandes, 2010, p. 27). É nesse momento que se forma na Constituição todas as bases que irradiam para o Direito do Trabalho e alcançam as relações laborais (Fernandes, 2010, p. 27; Ramalho, 2000, p. 145).

A denominação Constituição do trabalho advém de Cleber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida que apontam duas formas com que as normas se materializam nessa conformação: as regras e direitos específicos relacionados ao trabalho; e os direitos e normativas que não tratam especificamente, mas que seriam assegurados à todos (inclusive aos trabalhadores subordinados) e seriam os direitos trabalhistas inespecíficos (Almeida; Almeida, 2017, p. 84-85), como por exemplo o direito à saúde e ao lazer.

Nesse sentido, observa-se que o rol de proteção do Trabalho em realidade deve ser vislumbrado como a efetiva *multidimensionalidade do direito ao trabalho*, ou seja, por diversas dimensões: a dimensão individual (acesso ao trabalho, art. 6º; não discriminação art. 3º, IV, 5º XLI, 7º XX e XXX e etc.) e a dimensão coletiva que “se manifesta no direito à adoção de políticas públicas voltadas a implementação do pleno emprego” (Almeida; Almeida, 2017, p. 118). No mesmo sentido, alguns doutrinadores como Leonardo Vieira Wandelli (2013), Ingo W. Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 14), apontam que a multidimensionalidade estaria relacionada a exigência da proteção se vincular a direitos de prestação (ação) e direitos de abstenção. Há ainda, a posição defendida por Stefano Giubboni (2006) que aponta a existência de uma **multiplicidade significativa** do direito ao trabalho, por meio de três pilares: o direito social a prestação pública; o direito de liberdade negativa; e o direito de liberdade positiva.

Após essa conformação é que a Constituição do Trabalho alcança a constitucionalização substancial, ou seja, por meio de seu poder irradiador por todo o Ordenamento Jurídico e em todas as esferas de governo (legislativo, judiciário e executivo) e, relações (como as relações individuais e coletivas de trabalho) (Favoreu, 2001, p. 31-43; Perlingieri, 1997, p. 23). Ou seja, há a “conformação/transformação da realidade econômica, jurídica, política e social pela constituição do trabalho”. E todos são atores dessa transformação: os poderes legislativo, judiciário e executivo, os sindicatos, os trabalhadores, os empregadores e a doutrina (Almeida; Almeida, 2017, p. 83).

Diante dos elementos jurídicos apresentados vislumbra-se que a Constituição do Trabalho de 1988 apresentou grandes mudanças ao direito *do* e *ao* trabalho (Almeida; Almeida, 2017, p. 83), relacionando-se entre si por meio de suas dimensões e aprofundamentos e imponto um diálogo entre todos os agentes.

2 O BLOCO DE LABORATIVIDADE COMO PARÂMETRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Pela disposição Constitucional o Direito do Trabalho é um direito fundamental⁴, mas a sua compreensão transpassa barreiras nacionais quando e vislumbra, também, como um direito Humano, vez que está presente nos pactos, convenções e tratados internacionais os quais o Brasil é signatário, como por exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXIII, I), o Protocolo Adicional à Convenção Americana de direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de São Salvador) (art. 6º), além do extenso rol de Convenções da OIT e etc.

Esse posicionamento do direito do trabalho como um direito humano, possuem o seu reflexo nas disposições já elencadas (como art. 7º da CF/88) mas, também dialogam diretamente com a cláusula de abertura do art. 5º § 2º da CF/88: os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros que sejam decorrentes de princípios constitucionais expressos ou implícitos e também do bloco de constitucionalidade.

A expressão *bloc de constitucionalité* originou-se na doutrina administrativista francesa, iniciada por Maurice Hauriou, a partir da criação de um “bloco de legalidade” das atividades desempenhadas pelo Conselho do Estado (que exercia o controle dos atos administrativos na França). A existência de um conjunto de normas, em um sistema jurídico, composto por um

⁴ Para a discussão da constitucionalidade ou não dos Direitos Sociais, consulte: Ferraz (2018, p. 45).

tudo normativo de igual hierarquia, foi posteriormente incorporada ao direito constitucional (Favoreu; Rubio Llorente, 1991, p. 20).

Segundo esta compreensão dialogada com o art. 5º § 2º da CF/88 os direitos e garantias fundamentais não são somente os que estão dispostos expressamente na Constituição, mas também “aqueles que possam hermenêuticamente decorrer do regime democrático adotado e dos princípios constitucionais previstos, além dos que se encontrem em documentos internacionais” (Lopes, 2009, p. 43). Nesse sentido, afirma-se que qualquer avanço disposto em um tratado, pacto e convenção (que for devidamente incorporado ao ordenamento pelo procedimento cabível), seria incorporado ao Bloco de Constitucionalidade e alcançaria a importância de um direito fundamental, inclusive, aplicando-se o seu regime jurídico diferenciado: a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CRFB/1988) e a proteção contra emendas abolitivas (art. 60, §4º, IV, CRFB/1988).

A aplicabilidade imediata “consagra direitos e garantias fundamentais vinculam diretamente os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário)” (Hachem, 2014, p. 68) e paralelamente gera efeitos imediatos e independem de regulamentação infraconstitucional.⁵ A principal vertente dessa previsão é afastar e superar a ideia de que os direitos fundamentais necessitariam de alguma de regulamentação ordinária para poderem ser exigidos.

Por outro lado, as cláusulas pétreas (proteção contra emendas abolitivas) dizem respeito aos limites materiais à reforma da Constituição, ou seja, não seria possível a reforma dos direitos que estivessem previstos na Constituição. Nesse sentido “os direitos fundamentais criam limites negativos e positivos ao processo democrático” (Barboza, 2007, p. 150-151). Ressalta-se que há autores que vinculam a somente “direitos e garantias *individuais*” (Magano, 1994, p. 109).

Nesse sentido compõe-se a proteção dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores em suas multidensões aos seguintes eixos: abstenção da realização de obstáculos para a sua efetivação; atuação para a promoção de políticas de pleno emprego; valorização de políticas protetivas; e atuação em prol do exaurimento de discriminações e violações.

É possível acrescentar a este debate o princípio a proibição do retrocesso, entendido como princípio constitucional implícito (Netto e Pinto, 2010, p. 113) e paralelamente como decorrência dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, da dignidade da pessoa humana e da máxima eficácia e efetividade das normas que definem os direitos fundamentais (Sarlet, 2004, p. 443); ou ainda, como decorrência do disposto no artigo 60, § 4º da CF/88

⁵ Essa discussão é de suma importância quando se questiona o direito de greve dos servidores públicos.

(Muradas, 2011, p. 40). Os objetivos desse princípio são claros: buscar a proteção máxima das leis que regulamentam os direitos sociais das possíveis alterações do “legislador futuro” (Schier, 2009, p. 152), com o objetivo de proteger conquistas realizadas (Schier, 2009, p. 152). Os principais reflexos vislumbrados como consequência desse princípio são as limitações, deveres e proibições ao legislador.

Ademais, ressalta-se que é possível analisar simultaneamente o debate com o princípio da progressividade, que possuiu sua primeira referência no plano internacional na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, e na própria OIT (Muradas, 2011, p. 88).

Em comparação com a Constituição do Trabalho localiza-se sua presença nos seguintes dispositivos: ideal de prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); da recepção de direitos expressos em tratados e convenções (art. 5º, § 2º) (Massimino, 2015, p. 58); quando dispõe-se que os direitos sociais dos trabalhadores não são taxativos, havendo a possibilidade da sua ampliação (art. 7º *caput*) (Muradas, 2011, p. 88); constrói-se então o “patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (Sarlet, 2004, p. 443).

Diante desse diálogo sobre a construção Constitucional de direitos que se aplica a teoria de Adoración Guamán Hernández e Héctor Illueca Ballester (2012, p. 54) sobre a existência de um *bloco de laboratividade*. Para a demonstração da existência desse bloco os autores apresentam as três características necessárias.

Cleber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida (2017, p. 127) demonstram essas três características na Constituição de 1988: 1. A promoção da integração do conflito capital-trabalho por meio: da liberdade e autonomia sindical (art.8º), da própria negociação coletiva (art. 7º, XXVI e 8º) e da autotutela presente no direito de greve (art. 9º); 2. O reconhecimento da negociação como uma fonte de direitos e obrigações (art. 7º, XXVI); 3. O reconhecimento da desigualdade intrínseca entre capital e trabalho e o estabelecimento de mecanismos de compensação, como os direitos fundamentais trabalhistas (art. 7º a 11), a exploração da atividade econômica vinculada a proteção da vida digna (art.170), o respeito as normas de trabalho como componentes da função social da propriedade (art. 186), a consolidação dessas premissas visando o objetivo da construção de uma sociedade justa e igualitária, com olhares atentos a erradicação da pobreza e da marginalização, desigualdades e promoção do bem de todos (art. 3º).

O controle de constitucionalidade, assim como o de convencionalidade, busca corrigir eventuais quebras de harmonia presentes entre o texto Constitucional e as demais normas e, assim, declarar a invalidade da norma, paralisando sua eficácia (Barroso, 2012, p. 13). E, qual

o parâmetro deste Controle? Os direitos e as garantias fundamentais não limitados ao texto do art. 7º da CF/88, mas também “aqueles que possam hermeneuticamente decorrer do regime democrático adotado e dos princípios constitucionais previstos, além dos que se encontrem em documentos internacionais” (Lopes; 2009, p. 43; Leal, 2014, p. 71). No caso do Bloco de Laboratividade, todos que dizem respeito à temática do Direito ao Trabalho e o Direito do Trabalho, considerando suas interligações e multidimensionalidades.

Efetivamente, todos os atos normativos devem estar em conformidade com esse bloco de laboratividade considerando as normas formalmente escritas, os princípios e, também, pactos, tratados, convenções e princípios internacionalmente reconhecidos (Canotilho, 1999, p. 811-812). Deve-se, para essa efetivação, considerar um outro fator: a composição volátil desse bloco, que a qualquer momento pode ser incorporado e modificado por meio do Princípio da Proteção e da Norma mais favorável.

Assim, não há a necessidade da quebra ou redefinição do Bloco de Laboratividade e, sim, compreendê-lo como o vértice da pirâmide que deve assegurar “a melhor condição para o trabalhador, segundo uma dinâmica que não coincide com a distribuição estática de leis em graus de hierarquia, do direito comum” (Nascimento, 2004, p. 238). O vértice não é a Constituição ou normas rígidas e, sim, a normativa mais favorável ao trabalhador (Delgado, 2001, p. 173; Martins, 2008, p. 44; Nascimento, 2004, p. 295; Olea, 1995, p. 827-838; Plá Rodriguez, 1978, p. 58), que comporá o Bloco de Laboratividade naquele momento e servirá de parâmetro para o controle.

CONCLUSÃO

Aos 35 anos da Constituição de 1988 é possível vislumbrar diversos avanços e retrocessos, mas o que cada modificação neste transpassar dos anos fez com os parâmetros mínimos de proteção do Trabalhador? Este trabalho buscou demonstrar a existência de um conjunto normativo de proteção do Direito ao Trabalho e do Trabalho que vincula e rege as relações sociais no País.

Ademais, é por meio da formação deste arcabouço normativo, principiológico e aberto, como vislumbrado na cláusula de abertura do art. 5º, § 2º da CF/88 que se deve consolidar a proteção: por meio da compreensão dos direitos ao e do trabalho como fundamentais e, com isso, a sua proteção pelo regime jurídico de direitos fundamentais.

Não somente isso, os efeitos da Constitucionalização do Direito do Trabalho formaram a Constituição do Trabalho e o Bloco de Laboratividade que atuam de forma a possibilitar um parâmetro de análise para a compatibilidade das normas no ordenamento. Entretanto, o Bloco de Laboratividade, assim como a fluidez das relações sociais não pode ser rígido e, sim, volátil, permitindo a sua adaptação a dois grandes princípios norteadores que direcionam a resposta: princípio protetivo e da norma mais favorável.

Com a atuação destes constrói-se um parâmetro para a Dúvida da adaptabilidade de determinada norma, ação ou política ao ordenamento, solucionada em grande parte pelo Controle de Constitucionalidade: o Bloco de Laboratividade Volátil.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito do Trabalho e Constituição**: a constitucionalização do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2017.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.
- FAVOREU, Lous Joseph. La constitucionalización del derecho. **Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile**, v. 12, ago. 2001.
- FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. **El bloque de la constitucionalidad**: simposium franco-espanhol de derecho constitucional. Madri: Civitas, 1991.
- FERNANDES, António Monteiro. **Direito do Trabalho**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. **Controle de Constitucionalidade e Convencionalidade da Reforma Trabalhista de 2017**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.
- FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del Derecho em tempos del constitucionalismo. *In*: CARBONELL, Miguel (coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2009, p.159-186.
- GIUBONNI, Stefano. **Il primo dei diritti sociales. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordenamento europeo**. 2006. Disponível em: http://aei.pitt.edu/13686/1/giubboni_n46-2006int.pdf. Acesso em: 13 mar. 2023.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración; ILLUEGA BALLESTER, Héctor. **El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el trabajo**. Madrid: Ediciones Sequitur, 2012.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: o caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese

(Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. 2013.

HERRERA, Miguel Argel García. Estado social y estado económico. **Jueces para la democracia**, n. 84, p. 51-66, 2015.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Revista Sequência**, n. 59, p. 43-60, dez. 2009.

MAGANO, Octávio Bueno. Revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 7, p. 108-112, abr./jun. 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSIMINO, Leonardo F. La Intervencion estatal, la regulacion econômica y el poder de policia: analý e tendências. **Revista Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 36-63, jan./jun. 2015.

MURADAS, Daniela. O Princípio da Vedação do Retrocesso Social no Direito Coletivo do Trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**, n. 262, abr. 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NETTO E PINTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. 14. ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Ronovar, 1997.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 1978.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Lisboa: Almedina, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana. 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.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social**. Curitiba, 2009. Tese (Doutorado

em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 152.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIANA, Márcio Túlio. O longo meio século do direito do trabalho no Brasil. *In*: BRONSTEIN, Arturo (coord.). **Cinquenta años de Derecho del Trabajo em América Latina**. Santa-fé: Rubinzal-Culsoni, 2007.

VILLALOBOS, Maria Patrícoa Kurczyn. Razón de ser del derecho del trabajo. **Boletim Mexicano de Direito Comparado**, México, n. 82, p. 169-203, 1995. Disponível em: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletim/cont/82/art/art7.hmt. Acesso em: 13 mar. 2023.

WANDELLI, Leonardo Vieira. A reconstrução normativa do direito fundamental ao trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 4, out./dez. 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Fundata sul lavoro**: la solitudine dell'articolo 1. Torino: Giulio, 2013.

A COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL: PERSPECTIVAS DA CONCENTRAÇÃO MIDIÁTICA E O DESAFIO À PLURALIDADE DE VOZES NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bruno Mello Corrêa de Barros Beuron¹

Daniela Richter²

*“A comunicação livre dos pensamentos e opiniões é
um dos Direitos mais preciosos do homem”,
Art. 11º da Declaração dos Direitos do Homem e do
Cidadão de 1789.*

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar o panorama contemporâneo acerca da Comunicação Social no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, destacando sobremaneira o processo de consolidação dos meios de comunicação, em especial os problemas oriundos da concentração midiática. Neste sentido, visa explorar os principais desafios que são impostos para superação do problema histórico de obstaculização de tais meios pela sociedade, movimentos sociais e demais atores. Assim, o ensaio em tela busca expressar a necessidade de um cenário propício para consolidação da pluralidade de vozes, pensamentos e ideias e, consequentemente, dos direitos fundamentais. Para a feitura do trabalho emprega-se o método de abordagem-hipotético-dedutivo, ancorado na premissa de concentração dos meios comunicacionais por parte de poucos veículos de imprensa, gerando um potencial embargo à dissidência de vozes e à liberdade de expressão. O método de procedimento utilizado é o monográfico e a técnica de pesquisa que se usa é a bibliográfica, com base na Constituição Federal de 1988, demais legislações e escritos sobre o tema, assim como doutrina jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: concentração; direitos fundamentais; meios de comunicação; pluralidade; proteção.

INTRODUÇÃO

O contexto do poder econômico sempre esteve subordinado ao desenvolvimento do tecido social, sobrepondo-se, muitas vezes à política e à cultura e, nesse seguimento, também às tecnologias e, especialmente, aos meios de comunicação de massa. Nesse sentido, tais meios

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Pesquisador do Observatório de Gestão Universitária para Inclusão e Desenvolvimento Social do Pampa, da Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA, Campus Santana do Livramento – RS. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0434204026401947> E-mail: brunomelloccorbarros@gmail.com

² Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: daniela.richter@ufsm.br

desenvolveram-se exponencialmente no país de forma potencial a partir da radiodifusão em 1922, posteriormente inaugurou-se o espectro televisivo, em 1950 e, mais tardiamente a internet, a partir de 1995.

Logo, o cenário da sociedade modifica-se constantemente com a evolução da cultura, dos conhecimentos dos povos, a partir do desenvolvimento da economia e mais fortemente a partir das implicações tecnológicas. Dessa forma, desde a Revolução Industrial a sociedade observa uma vasta mudança nos paradigmas até então constituídos, mudanças na forma de exercer o trabalho, de conceber as relações sociais, passando da mecanização à informatização.

Nesse íterim, impulsionados pelos processos de globalização, que facilitam a comunicação e reduzem às distâncias espaciais e temporais, os artifícios tecnológicos têm sido largamente utilizados para diversas funções e atividades na sociedade hodierna. A informação consolidou-se como um ativo econômico de grande valia para a sociedade, tendo destaque àqueles indivíduos, atores sociais e instituições que possuem a maior quantidade de informações em um menor intervalo de tempo.

Assim, o ensaio em tela pretende demonstrar as nuances de impacto que os meios de comunicação sofreram desde a sua introdução no âmbito estrutural brasileiro e, conseqüentemente no escopo jurídico-normativo. Frente a tais considerações, pretende-se responder a seguinte problemática: como a regulação dos meios de comunicação atrelada ao padrão de desenvolvimento imposto aos países latino-americanos, pode condicionar a uma verdadeira e efetiva democratização da mídia e dos meios informacionais?

Dentro dessa perspectiva, o artigo foi articulado a partir de dois eixos principais, o primeiro tratando acerca do panorama dos meios de comunicação no Brasil, apontando a sua organização e concepção. Já o segundo abordando sobre o Direito à Informação e o exercício do Direito à Liberdade de expressão sob as nuances da sociedade em rede, bem como o impacto que as mobilizações e articulações engendradas no âmbito virtual desencadeiam no campo social e político.

Para a confecção do presente trabalho, conta-se com o aporte metodológico pautado no método de abordagem hipotético-dedutivo, ancorado especialmente nas balizas jurídicas e normativas – Direito à Informação e Direito à Liberdade de Expressão – e método de procedimento monográfico, que se desvela a partir do estudo do material teórico sobre o assunto, legislação pátria e Constituição Federal de 1988.

1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO BRASIL: CONTORNOS E CONTRADIÇÕES

Um dos pressupostos essenciais ao pleno desenvolvimento de uma nação democrática passa, necessariamente, pela visualização dos meios de comunicação de massa, se tais estruturas se encontram concentradas em mãos de poucos atores/empresas ou se estão dispersos e descentralizados, possibilitando uma comunicação ampla e de diversas matizes e óticas. Essa observância se dá, pois estes formam uma instância de poder essencial à formação crítica da sociedade, especialmente sobre os fatos notórios e de relevância em contextos decisórios, tais como política, economia, cultura e delineando os pontos que estruturam a formação de conhecimento e educação.

Nesse sentido, em se tratando dessas questões cumpre um olhar atento à formação oligopólica dos meios de comunicação no Brasil, vez que esses aparatos na contemporaneidade se apresentam como esfera que legitima o discurso da globalização neoliberal e também atua como um importante agente econômico. A função precípua disciplinada pelas corporações midiáticas globais atua especialmente como agentes operacionais da globalização, na estratégia de enunciação discursiva, já que não apenas vendem e legitimam o ideário global, como também o transformam no discurso social hegemônico, propagando visões de mundo e modos de vida que transferem para o mercado a regulação de demandas coletivas (Moraes, 2006, p. 8).

A retórica da globalização, assim, tenta incutir a convicção de que a fonte primeira de expressão cultural se mede pelo nível de consumo dos indivíduos e coletividades, de modo a solidificar o entendimento de que só o mercado pode aglutinar essa forma de organização societária que tem em seu ápice o capital. A investida dessas redes e organizações de mídia e comunicação ampliaram-se muito hodiernamente, contudo, foi somente no século XIX, que as redes de comunicação foram organizadas sistematicamente em escala global. Isso se deve em parte ao desenvolvimento de novas tecnologias destinadas a dissociar a comunicação do transporte físico das mensagens.

Assim, o estreito liame que une as grandes empresas de comunicação e o império do capital se dá através do consumo, e de acordo com Silverstone (2002, p. 150) “o consumo é ele mesmo, uma forma de mediação, à medida que os valores e significados dados de objetos e serviços são traduzidos e transformados nas linguagens do privado, do pessoal e do particular”. Logo, consumimos objetos, consumimos bens, consumimos informações. Mas, nesse consumo, em sua trivialidade cotidiana, construímos nossos próprios significados, negociamos novos

valores e, ao fazê-lo, tornamos nosso mundo significativo. Para Entman, a mídia comercial não pode ser tomada como melhor guardiã da democracia nem educador cívico, pois se trata de um mercado que, historicamente, tem se deixado pautar pelos interesses dos anunciantes públicos e privados, incluindo neste leque de interessados a própria classe política (Entman, 1989).

Nesse ínterim, cabe à mídia fazer o sustentáculo de apoio ideológico para a reprodução ampliada do sistema capitalista, “os aparatos de veiculação constroem socialmente um ambiente de expectativas propícias, fazendo setores influentes da opinião pública acreditar que não há alternativa socioeconômica fora dos pressupostos neoliberais” (Moraes, 2006, p. 8). Traduz-se, nesse sentido, solidificar a máxima e fabricar o consenso sobre a hipotética superioridade das economias abertas e globalizadas³. Da mesma forma, graças à multiplicidade de formas que assume (cinema, televisão, computadores e telefone) e à maneira rápida como se move no seio das rotinas e da vida cotidiana, a comunicação eletrônica – experimentada em extensão na contemporaneidade – é uma ferramenta para que cada indivíduo se imagine como um projeto social em curso (Appadurai, 2004, p. 1415).

Logo, da mesma forma e na força coercitiva que lhe é peculiar as corporações midiáticas também atuam como agentes econômicos globais, sendo que essa égide fomenta comportamentos persuasivos e estratégias ousadas de disseminação do capital e de premissas ideológicas em pontos específicos, como, por exemplo, países da América Latina. Dados do banco de investimentos Veronis Suhler, as indústrias de informação e diversão foram os setores de crescimento mais rápido da economia norte-americana entre 1994 e 2000 – à frente dos mercados financeiro e de serviços (Santos, 2000). Portanto, a comunicação e a informação exercidas por tais aparatos operam por adesão ideológica à globalização e por constituírem a capacidade de interconectar o globo a partir de suas estruturas baseadas em satélites, cabos de fibra óptica e redes infoeletrônicas.

Na concepção de Moraes não há outra esfera da vida cotidiana habilitada a interligar, em tempo real e *online*, povos, países, sociedades, culturas e economias. A característica integradora é algo intrínseco aos complexos de difusão. Eles concatenam, simbolicamente, as

³ Segundo Atilio Borón, o êxito do neoliberalismo no terreno ideológico-cultural pode ser medido pelas mudanças no sentido de algumas palavras, a partir da difusão da catilinária neoliberal. Ele exemplifica: “O vocábulo 'reforma', por exemplo, que antes tinha uma conotação positiva e progressista – e que, fiel a uma concepção iluminista, remetia a transformações sociais e econômicas orientadas na direção de uma sociedade mais igualitária, democrática e humana – foi apropriado e 'reconvertido' pelos ideólogos do neoliberalismo em um significante que alude a processos e transformações sociais com claro sentido involutivo e antidemocrático. As 'reformas econômicas' postas em prática em anos recentes na América Latina são, em realidade, contrarreformas orientadas para aumentar a desigualdade econômica e social e esvaziar de todo conteúdo as instituições democráticas” (Borón, 2002).

partes das totalidades, procurando unificá-las em torno de determinadas significações (Moraes, 2006, p. 9).

Os novos *media* permitem a comunicação individualizada, personalizada e bidirecional, em tempo real. Isto vem causando mudanças estruturais na produção e distribuição da informação, tanto em jornais, televisão, rádios e revistas, além do setor de entretenimento como o cinema e a música. A tecnologia digital proporciona, assim, uma dupla ruptura: no modo de conceber a informação (produção por processos microeletrônicos) e no modo de difundir as informações (modelo todos-todos), nesse sentido, alguns autores chegam a falar de um domínio dos meios de produção pelo público (Lemos, 2002, p. 84-85).

As Tecnologias da Informação e Comunicação - TIC⁴, nesse aspecto, funcionam primordialmente, dando ênfase a difusão de mensagens e informações, corroborando com a homogeneização de hábitos, costumes e culturas. O capital precisa de total fluidez para estar em constante deslocamento, deslizando pelos continentes atrás de escala e rentabilidade, sem as amarras dos ativos pesados e dispendiosos de outrora. Nesse sentido, “a fluidez não representa um bem comum, não é para todos. Apenas grandes empresas e instituições hegemônicas têm a possibilidade de utilizá-la, tornando-se os 'detentores efetivos da velocidade” (Moraes, 2006, p. 9).

Nesse modo, as TIC superam e transformam as formas de criação, transmissão, armazenamento e significação das informações, própria de sistemas anteriores, e com elas instaram-se as possibilidades de novas lógicas, novas articulações de linguagens, com base em novos suportes, em novas máquinas, dotadas de grande capacidade de armazenamento, processamento e troca de informações em alta velocidade (Bonilla, 2005). Este é o significado concreto da articulação existente entre o modo de produção capitalista e as Tecnologias da Informação e Comunicação: uma sinergia que alimenta a acumulação de capital financeiro numa economia de interconexões eletrônicas (Castells, 1998, p. 506-510). A esse respeito, Moraes (2006, p. 10) preceitua:

Os grupos de mídia buscam alcançar os parâmetros de lucratividade que norteiam as ações dos gigantes transnacionais. Não vejo distinção relevante entre filosofias, metas, estruturas operativas e focos mercadológicos. No decorrer da década de 1990, as indústrias de comunicação adequaram-se às linhas-mestras da corporação-rede.

⁴ Considera-se que uma proposta de conceituação de TIC minimamente aceitável deve remeter ao conjunto de dispositivos, serviços, conhecimentos relacionados a uma determinada infraestrutura, composta por computadores, softwares, sistemas de redes etc., os quais teriam a capacidade de produzir, processar e distribuir informações para organizações e sujeitos sociais. Um traço fundamental das TIC é o fato de serem produto da convergência e do imbricamento das telecomunicações com a informática e a computação (Veloso, 2011, p. 49).

Segue-se um figurino multissetorial, isto é, exploram-se, simultaneamente, ramos conexos, promovendo sinergias capazes de racionalizar custos, conjugar *know how* e economizar na escala. A partir de um planejamento mundializado, confere-se maior liberdade operacional às unidades regionais, preservando, contudo, os vínculos de dependência às diretivas da holding.

Em síntese, as corporações de mídia projetam-se, a um só tempo, como agentes discursivos, com uma proposta de coesão ideológica em torno da ordem global, e como agentes econômicos presentes nos hemisférios, destaca Moraes (2006, p. 10).

Completamente imbricado com o Direito à informação está o Direito à Comunicação, do qual é necessário um olhar atento sobre a América Latina, a qual apresenta um contexto específico e diferenciado. Até meados de 1980 só corporações globais dominaram quase todos os meios de comunicação em escala global, o que corrobora e perpetua a hegemonia sobre esse setor de suma importância em contexto social e econômico.

Essa ampla concentração deu-se em virtudes de algumas políticas e circunstâncias específicas, tais como, a desregulamentação do setor nos Estados Unidos, o que visivelmente potencializou a abertura de nicho econômico e as investidas em outros mercados fora do país, a exemplo do Brasil, a expansão e concentração de grupos de mídia, desestatização das telecomunicações, liberação ou flexibilização acerca da propriedade dos meios de comunicação e circunstancialmente a habilitação de investimentos estrangeiros no setor.

Esse espectro propiciou uma conjuntura onde é possível a observância da constante indução de conteúdos informacionais vindos do Norte, especialmente dos Estados Unidos em direção a países da América Latina, que tendo déficits em se tratando de regulação nas comunicações permitem uma abertura ao conteúdo estrangeiro – midiática e empresarialmente.

Nesse tocante, tem-se um fomento específico à obstaculização do Direito à Informação e do Direito à Comunicação, aponta-se como uma demonstração dos poderes privados os chamados monopólios da informação, nestas situações as empresas de comunicação, não bastasse a elevada detenção de poder econômico, ainda comportam grandes parcelas das ferramentas informativas, podendo impor uma ditadura informativa (Reis, 2011, p. 178).

Os meios de comunicação devem adimplir com sua função social, a fim de respeitar os direitos fundamentais por ele exercidos, ponderando questões econômicas e sociais para ofertar um desenvolvimento democrático adequado à nação (Reis, 2011, p. 177). Nesse propósito, vale referir que o Relatório MacBride (1983), conhecido no Brasil por “Um Mundo e Muitas Vozes”, é o documento da UNESCO que discute questões comunicacionais ainda não resolvidas na

atualidade, como a falta de pluralidade dos meios que resulta na necessidade de democratização dos veículos de mídia.

A partir desse relatório foi possível à utilização do conceito esculpido pela Unesco nesse documento, em que comunicação é compreendida como troca de informações, interação. Entretanto, não há um conceito uniforme e adequado, visto que com o passar dos anos e com a evolução da sociedade percebeu-se que o processo de comunicação é mais amplo do que a simples reação do indivíduo ao receber a informação, permitindo, então, que o conceito fosse alargado para a concepção de *feedback*, em que fora possível responder aos meios, através de enquetes e opiniões (Unesco, 1983). Mas o direito de comunicar-se vai além. De acordo com o que foi definido pelo Relatório MacBride (Unesco, 1983):

Todo mundo tem o direito de comunicar. Os elementos que integram esse direito fundamental do homem são os seguintes, sem que sejam de modo algum limitativos: a) o direito de reunião, de discussão, de participação e outros direitos de associação; b) o direito de fazer perguntas, de ser informado, de informar e os outros direitos de informação; c) o direito à cultura, o direito de escolher, o direito à proteção da vida privada e outros direitos relativos ao desenvolvimento do indivíduo.

Nessa perspectiva a comunicação é parte integrante da existência humana, de modo que fomentam a construção da consciência coletiva, de modo que a restrição a um mínimo de variação nas manifestações de opinião constrói uma nação alienada (opinião pública pobre), e tendo em vista os prejuízos possibilitados pela unicidade informativa e que não se podem aceitar tais monopólios no caminho de um crescimento social e democrático.

Dessa forma, o exercício abusivo do poder econômico, especificamente nos monopólios informativos, é uma prática antagônica aos interesses constitucionais, podendo ser vista como antidemocrática (Laner, 2004, p. 25). Para coibir tal prática muitos países da América Latina têm engendrado novas perspectivas da desobstrução do espectro informacional e comunicacional do setor de mídias a partir do ideário de marcos regulatórios para esse setor (propostas normativas/legislativas). Todavia, a ênfase no Direito à Liberdade de Expressão que possui em seu bojo a pluralidade de vozes é a tônica que possibilita a proteção dos direitos fundamentais e abertura para outros caminhos e possibilidades. É sobre tal pauta que se passa a destacar.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALIDADE DE VOZES: CAMINHOS E POSSIBILIDADES

A modernidade pode ser definida politicamente por instituições democráticas e social e culturalmente pela civilização tecnológica (Barber, 1999). Por conseguinte, umas das marcas mais importantes desta sociedade é o grande desenvolvimento das telecomunicações a partir da microeletrônica, tal desenvolvimento potencializa as relações sociais e a forma como os indivíduos participam da esfera pública. O advento tecnológico fomenta o desenvolvimento econômico, a expansão das cidades, a forma como os indivíduos se relacionam entre si e com o Estado.

Com efeito, a informação e a comunicação sempre foram os vetores dos poderes dominantes, dos poderes alternativos e das mudanças sociais. O poder de influência sobre o pensamento das pessoas – que é realizado pela comunicação – é uma ferramenta de resultado incerto, porém fundamental. É apenas através do exercício da influência sobre o pensamento dos povos que os poderes se constituem em sociedades, e que as sociedades evoluem e mudam (Castells, 2006).

Contudo, foi somente no século XIX, porém, que as redes de comunicação foram organizadas sistematicamente em escala global. Isto se deve em parte ao desenvolvimento de novas tecnologias destinadas a dissociar a comunicação do transporte físico das mensagens (Thompson, 1998, p. 137), da mesma forma, graças à multiplicidade de formas que assume (cinema, rádio, televisão, computadores e telefone) e à maneira rápida como se move no seio das rotinas da vida quotidiana, a comunicação eletrônica é uma ferramenta para que cada indivíduo se imagine como um projeto social em curso (Appadurai, 2004, p. 14-15).

Neste paradigma, a partir da revolução propiciada pela informação e especialmente pela Internet com as Tecnologias da Informação e Comunicação⁵ (TIC) outras formas de conceber a informação, utilizá-la, editá-la e difundi-la foram possíveis, formalizando a edificação de uma nova morfologia social, a sociedade em rede⁶ de modo que se horizontalizou as dinâmicas,

⁵ Chama-se Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) os procedimentos, métodos e equipamentos para processar informação e comunicar que surgiram no contexto da Revolução Informática, Revolução Telemática ou Terceira Revolução Industrial, desenvolvidos gradualmente desde a segunda metade da década de 1970 e, principalmente, nos anos 90 do mesmo século. Estas tecnologias agilizaram e tornaram menos palpável o conteúdo da comunicação, por meio da digitalização e da comunicação em redes para a captação, transmissão e distribuição das informações, que podem assumir a forma de texto, imagem estática, vídeo ou som. Considera-se o advento destas novas tecnologias e a forma como foram utilizadas por governos, empresas, indivíduos e setores sociais possibilitaram o surgimento da Sociedade da Informação (Ramos, 2008, p. 5).

⁶ Em termos tecnológicos, a sociedade em rede embora radique a sua gênese nas possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento das comunicações, *software* e *hardware* dos anos 1970 encontra o seu momento de difusão

fugindo da concentração midiática propiciada pelas grandes redes. Insta destacar que a restrição a um mínimo de variação nas manifestações de opinião constrói uma nação alienada (opinião pública pobre), e tendo em vista os prejuízos possibilitados pela unicidade informativa e que não se podem aceitar monopólios no caminho de um crescimento social e democrático.

Dessa forma, o exercício abusivo do poder econômico, especificamente nos monopólios informativos, é uma prática antagônica aos interesses constitucionais, podendo ser vista como antidemocrática (Laner, 2004, p. 25). Dessa maneira, a partir do novo arranjo comunicacional propiciado pelas novas dinâmicas perpetradas pelas novas tecnologias informacionais ampliou-se o leque de efetivação do Direito à Informação e do exercício do Direito à Liberdade de Expressão.

Nesse sentido, o Direito à Informação também recebe proteção constitucional positivada e, de maneira semelhante, quando se aborda o direito de informar há exigência de veracidade e clareza na prestação de tais informações (Schmitt, 2000). A informação passa a ser moeda de troca essencial, credencia-se como recurso básico de gestão e produção, e cobiçado insumo para obtenção de mais-valia decisória que impulsiona a acumulação (Moraes, 2006, p. 61).

Logo, o Direito à Informação tem geralmente seus traços delineados pelas noções de um direito a ser informado e de ter acesso às informações, ou seja, esse direito fundamental costuma ser dualizado no atendimento mínimo à população e na facilitação da mesma buscar conhecimento (Castro, 2010, p. 437). Este direito traduz-se como uma potencial formulação de garantia democrática, este, por sua vez, envolve o direito de transmitir, receber e procurar informações.

Assim sendo, Araújo e Nunes Junior acreditam que se trata de um direito fundamental de primeira geração, cuja preocupação consiste em impedir que o Poder Público crie embaraços ao livre fluxo de informações. Portanto, o indivíduo possui liberdade para informar e ser informado (Araújo, Nunes Junior, 2002, p. 104). Dentro dessa perspectiva, ampliado pelo poder das tecnologias informacionais está também o exercício do Direito à Liberdade de Expressão.

Nesse sentido, o artigo 5º, IV da Constituição Federal de 1988 reconhece a todos os cidadãos o direito de livre pensamento (liberdade de opinião) e manifestação (liberdade de expressão). Conforme Araújo e Nunes Junior enquanto opinião diz respeito a um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão consiste na sublimação da forma das reações humanas, ou seja, na situação em que o indivíduo manifesta seu sentimento ou sua

exponencial além da esfera das grandes empresas ou do Estado com a difusão da Internet nas famílias e no tecido empresarial em geral durante a segunda metade da década de 1990 (Cardoso, 2007, p. 43).

criatividade, independente da formulação de convicções, juízos de valor e conceitos (Araújo; Nunes Junior, 2002, p. 103), Aliada à Constituição e os seus dispositivos também se pode descrever acerca dessa garantia de liberdade de informar, opinar e se expressar a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, que disciplina esta segurança no seu art. XIX⁷, que corrobora o direito de liberdade de informação, opinião e expressão.

Por sua vez, o artigo 220⁸ da Carta da República, também preconiza garantias à liberdade de expressão, manifestação do pensamento e leciona sob a vedação de toda e qualquer forma de censura. Logo, “a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo” (Moraes, 2006, p. 207).

Dessa maneira, tendo como cenário a sociedade em rede ampliou-se o leque de utilização das tecnologias informacionais, especialmente a Internet, potencializando o exercício de direitos de uma importância à construção reflexiva e crítica da sociedade, quais sejam o Direito à informação e o Direito à Liberdade de Expressão. Assim, dentro dessa angulação é possível afirmar que as novas dinâmicas desencadeadas pelas tecnologias digitais, a democratização midiática passa a ocorrer, com uma horizontalização da produção e da difusão informativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto no artigo em tela fica evidenciada as novas dinâmicas da sociedade em rede, onde os meios técnicos, científicos e informacionais tem exponencialidade, sendo amplamente utilizados em diversos âmbitos, desde às atividades perpetradas pela Administração Pública, quanto pelo setor privado que passou a gerir seus usos e funções.

⁷ Art. XIX. Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independente de fronteiras (Brasil, 1988).

⁸ Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º – Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (Brasil, 1988).

Os argumentos anteriores são capazes de demonstrar os grandes desafios inerentes à sociedade latino-americana, em especial a brasileira, a fim de se conquistar efetivamente a democratização da mídia. Questões ligadas à Pós-Colonialidade, ao desenvolvimentismo e ao poder provindo da informação direcionam a questão midiática da América Latina para paradigmas próprios de culturas neoliberais e eurocêntricas.

Sob esse prisma, uma análise sociojurídica acerca dos vieses da democratização da mídia em âmbito de América Latina nos revela que os paradigmas inerentes ao consumo desordenado e estabelecido verticalmente, são capazes de influir-se na ordem estatal a fim de que se tenha a legitimação dos grandes oligopólios que adentram na revolução informacional como contingenciadores de fatores inerentes a efetiva democratização da mídia no continente.

Do mesmo modo, verificou-se que a utilização do Direito à Informação e do Direito à Liberdade de Expressão, garantias constitucionalmente estabelecidas, também passaram a operar sob uma nova ótica, ou seja, a partir do prisma das Tecnologias da Informação e Comunicação, vez que tais utensílios tecnológicos mudaram a forma de conceber e difundir a informação, passando de um sistema verticalizado para horizontalizado, dando amplos poderes aos indivíduos sociais para receberem informações de fontes plúrimas e também deslocar essa informação para outros centros que pudessem ressoar conteúdos de relevância para a sociedade.

Assim, a modificação dos parâmetros até então estabelecidos para a efetiva democratização da mídia perpassam pela a tomada de consciência por parte do povo latino-americano acerca da ineficácia e prejudicialidades do discurso desenvolvimentista, a fim de que se leve em conta as originalidades da América Latina e a possibilidade de existir outras formas de ser desenvolvido, a partir de uma observação do local para o global. Dessa forma, irrefutável se torna os meios que levam à racionalidade emancipatória como forma de reconhecimento das epistemologias do sul, através da modificação das estruturas políticas de base e da tomada de consciência pelas massas. Assim, possíveis soluções para esse entrave iniciam-se com a difusão de um pensamento crítico na sociedade latino-americana, a fim de se alcançar uma racionalidade emancipatória que poderá transformar a complexidade que permeia as relações sociais, a fim de que haja o autorreconhecimento do continente de acordo com sua identidade, historicidade e suas reais necessidades.

REFERÊNCIAS

- APPADURAI, Arjun. **Dimensões culturais da globalização**. Lisboa: Teorema, 2004.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBER, B.R. Three scenarios for the future of technology and Strong Democracy. **Political Science Quarterly**, v. 113, n. 4, p. 573-589, 1999.
- BONILLA, M. H. **Escola aprendente**: para além da sociedade da informação. Rio de Janeiro: Quartet, 2005.
- BORÓN, A. A. Sobre mercados y utopías: La victoria ideológico-cultural del neoliberalismo. **Cadernos de Estudos Sociais**, [S.l.], v. 17, n. 2, 2011. Disponível em: <https://fundaj.emnuvens.com.br/CAD/article/view/1279>. Acesso em: 15 ago. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.
- CASTELLS, Manuel. **A Era da Intercomunicação**. [S.l.]: Le Monde Diplomatique Brasil, 2006. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/a-era-da-intercomunicacao/>. Acesso em: 08 ago. 2023.
- CASTELLS, Manuel. **La sociedad red**. Madri: Alianza Editorial, 1998.
- CARDOSO, Gustavo. **A Mídia na Sociedade em Rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ENTMAN, Robert. **Democracy Whitout Citizens**: media and the decay of American politics. New York: Osford University Press, 1989.
- LANER, Vinicius Ferreira. **Comunicação, desenvolvimento e democracia**: uma análise crítica da mídia brasileira à luz do direito à informação e à liberdade de expressão. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- LEMOES, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2002.
- MORAES, Dênis de (org.). **Sociedade Midiatizada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.
- RAMOS, A. G. **Uma Introdução ao Histórico da Organização Racional do Trabalho**. 2. ed. Brasília: Conselho Federal de Administração, 2008.

REIS, José Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. As Liberdades Informativas e a Participação Privada dos Meios de Comunicação no Processo de Desenvolvimento Democrático: um paralelo entre os monopólios econômicos e os interesses sociais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 10, p. 171-190, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/119>. Acesso em: 15 ago. 2023.

SANTOS, Cibele. **Projeções para a indústria de comunicações dos EUA**. São Paulo: Meio e Mensagem, 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SCHIMITT, Rosane Heinick. Direito à Informação: liberdade de imprensa X direito à propriedade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVERSTONE, Roger. **Por que estudar a mídia?** São Paulo: Loyola, 2002.

THOMPSON, John Brookshire. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Editora Vozes, 1998.

UNESCO. **Um mundo e muitas vozes**: Comunicação e informação na nossa época. Rio de Janeiro: FGV, 1983.

VELOSO, Renato. **Tecnologias da Informação e da Comunicação**: desafios e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANIPULAÇÃO, DEMOCRACIA E *FAKE NEWS*: UMA ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL NAS ELEIÇÕES GERAIS DE 2022 NO COMBATE À DESINFORMAÇÃO

Rafaela dos Reis Baldissera¹

Lucas Luciano Kuhn²

RESUMO: A história não é fato, é narrativa. Narrativa cuidadosamente selecionada e moldada. A historiografia procura, com base na análise e na síntese, narrar os fatos do passado. A era da pós-verdade atrai atores que tentam justificar os problemas sociais, econômicos e políticos através de negação e fantasia. O cenário virtual na era da pós-verdade, embebido de desconfiança no Estado Democrático, estimula a propagação de notícias falsas e desinformação. No Brasil, o fenômeno das *fake news* popularizou-se nas últimas eleições gerais de 2022, na qual o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em uma tentativa singular e inédita de defender a higidez das instituições democráticas e do devido processo eleitoral, atuou frontalmente no seu combate. A atuação do TSE extrapolou sua competência e violou a Constituição Federal, ou sua atuação manteve hígido o regime democrático e as eleições e, por consequência, o devido processo eleitoral? O presente trabalho procurou conceituar as *fake news*, situá-la no atual cenário democrático e elencar sua problemática em período eleitoral. O trabalho buscou analisar também a atuação do TSE quanto ao tema, verificando eventuais acertos ou abusos. Para tanto, adotou-se o método de abordagem dedutivo. A pesquisa ostentou caráter qualitativo, enfatizando a subjetividade do assunto e com maior interesse pelo processo do que pelos resultados. A técnica de pesquisa foi a de revisão bibliográfica de fontes primárias e secundárias, por meio da qual se buscou material em livros temáticos, teses de doutoramento e dissertações de mestrado, assim como artigos científicos publicados em periódicos diversos.

PALAVRAS-CHAVE: *fake news*; democracia; desinformação; eleições; Tribunal Superior Eleitoral - TSE.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão foi uma conquista da democracia brasileira, mas tornou-se uma trincheira para quem acredita que pode falar e escrever sem qualquer responsabilidade por trás. O art. 5º, VI, da Constituição Federal tornou-se escudo para a barbárie. Pode tudo e, quando não puder, é censura.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Link do Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5198775117884582>. E-mail: rafaelabaldissera@yahoo.com.br

² Mestrando pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5438410067581147>. E-mail: lucaslkuhn@gmail.com

Nos últimos anos foi possível perceber uma mudança comportamental da sociedade. Por algum motivo a população passou a sentir-se autorizada a dizer e defender o que bem quisesse, e isso foi intensificado com a utilização da internet.

A era da pós-verdade atrai atores que tentam justificar os problemas sociais, econômicos e políticos através de negação e fantasia. Corroborado a isso, a digitalização da sociedade é permeada pelo algoritmo, que separa a população em bolhas virtuais, entregando-lhes apenas o que lhes convém consumir.

As *fake news* sempre existiram, mas na sociedade digital, ela teve considerável mudança em sua forma. Identificar uma *fake news* tem se demonstrado cada vez mais difícil, muito devido à própria elaboração da notícia falsa e sua inserção nas redes sociais, engajando aquela desinformação com elementos informativos adicionais que fazem com que o algoritmo da própria rede social tenha extrema dificuldade na detecção.

Na sociedade informatizada, o algoritmo é seu fio condutor, ou seja, é ele que sistematiza, rastreia e ordena o que é relevante de forma personalizada para cada um. Seu principal combustível são, portanto, os dados disponibilizados nas plataformas digitais. As Big Techs coletam e analisam diferentes tipos e formas de dados a fim de construir modelos de predição, identificando tendências e comportamentos, direcionando, assim, o *marketing* digital.

Materializadas em formato de propaganda, as notícias falsas são lançadas em forma de propaganda intencionalmente projetada para enganar o leitor. E foi com a informatização da sociedade e o uso de instrumentos tecnológicos que as notícias falsas viraram motivo de preocupação. O alcance que as *fake news* possuem hoje e a rapidez com que são difundidas é infinitamente maior do que quando não se tinha a tecnologia a seu dispor.

Isso conduziu inevitavelmente à reflexão sobre as consequências da mediação das grandes corporações de tecnologia nas relações políticas. O cenário virtual na era da pós-verdade, embebido de uma desconfiança no Estado Democrático, estimula a propagação de notícias falsas e desinformação.

No Brasil, o fenômeno das *fake news* popularizou-se nas últimas eleições gerais de 2022, na qual o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em uma tentativa singular e inédita de defender a higidez das instituições democráticas e do devido processo eleitoral, atuou frontalmente no seu combate. O TSE editou três resoluções: nº 23.610 de 18 de dezembro de 2019; nº 23.671, de 14 de dezembro de 2021; e a mais emblemática delas, a de nº 23.714, de 20 de outubro de 2022, em meio ao 2º turno das últimas eleições gerais de 2022.

Todas essas resoluções, em maior ou menor grau, trataram de combater as *fake news* e a desinformação em ambiente eleitoral, visando manter hígido o regime democrático e o devido processo eleitoral. Com isso, questionamentos pró e contra as medidas adotadas foram suscitados.

Será que a atuação do TSE extrapolou sua competência normativa e violou a Constituição Federal, ou sua atuação justamente buscou (e conseguiu) manter hígido o regime democrático e as eleições e, por consequência, o devido processo eleitoral?

O presente trabalho procurou conceituar o fenômeno das *fake news*, situá-lo no atual cenário democrático e elencar sua problemática, principalmente no momento onde esse cenário mostra-se simbolicamente mais presente: o período eleitoral. O trabalho buscou analisar também a atuação do TSE quanto ao tema, verificando eventuais acertos ou abusos.

Para os fins do presente artigo, estabeleceu-se como recorte, após introduzir o cenário das *fake news*, o atual modelo democrático, o conceito da era da pós-verdade e como a desinformação atua e atinge a democracia. Passou-se também pela etapa de disseminação dessas informações falsas em ambiente eleitoral, traçando uma linha do tempo do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre a temática, de modo a explorar – sem a pretensão de exaurir o tema – alguns impactos do consagrado direito à liberdade de expressão e suas diferentes interpretações.

1 CONCEITO DE *FAKE NEWS*

De acordo com o dicionário Collins, o termo *fake news* pode ser definido como uma informação falsa veiculada como notícia (tradução do autor)³. É correto, então, partir-se da definição conceitual de *fake news* como sendo “a veiculação de notícias falsas”⁴ ou, de maneira mais simples, “desinformação”, sempre direcionada a um público alvo.

Eleita no ano de 2017 como a “expressão do ano” por aquele dicionário (Herminio, 2022), as *fake news* ganharam maior força no cenário digital contemporâneo, em que a vida caminha intrinsecamente ligada à rede (Amato, 2021, p. 30).

Contudo, o uso da veiculação de notícias falsas para tentativa de manipulação do público alvo data de muito antes do século XX, tendo como um dos mais antigos registros ocorridos no

³ No literal: “If you describe information as fake news, you mean that is false even though it is being reported as news, for example by the media”.

⁴ Essa é, inclusive, a definição adotada pelo dicionário Oxford. No original: “false reports of events, written and read on websites”.

ano de 1522, na Itália, quando se usou de sonetos para difamar a reputação dos candidatos à Prefeitura de uma cidade local, preservando um candidato específico da família que tinha o apoio do autor (Farias, Damasceno, Juliotti, 2022, p. 109).

Há relatos muito mais antigos onde, aplicando-se o conceito de desinformação em face de alguém e direcionada a um público alvo, pode-se chegar à mesma conclusão. Talvez o exemplo mais célebre e famoso que pode ser mencionado é o próprio julgamento de Cristo, onde, segundo a Bíblia, contra ele teria sido veiculada a falsa notícia de que ele se proclamava como “rei”, circunstância esta que levou à sua crucificação.

Nos tempos atuais, onde o acesso à informação é muito mais palpável, questiona-se como as *fake news* podem ter ganhado espaço em uma sociedade tão tecnologicamente avançada. Daí porque a ciência, nos últimos anos, vem se engajando para compreender justamente qual a “psicologia” por trás das *fake news*.

Em um estudo publicado na Revista *Trends in Cognitive Sciences*, intitulado *The Psychology of Fake News*, há uma importante diferenciação entre a crença do público alvo das notícias falsas: aqueles que acreditam ser a desinformação verdadeira e aqueles que crêem ser apenas a notícia verdadeira, mas não necessariamente seu conteúdo (Pennycook, Rand, 2021, p. 388).

Como conclusão, os pesquisadores alcançaram um resultado onde a narrativa de que a distinção do público alvo do que seria verdade e o que seria desinformação partiria do pressuposto político não seria apropriada. Isso porque quando uma notícia veiculada pela parte é alinhada com seu posicionamento político, segundo os autores, maior seria o discernimento da pessoa que propaga a informação para identificar alguma inveracidade (Pennycook, Rand, 2021, p. 399).

Em uma perspectiva macro, identificar uma *fake news* tem se demonstrado cada vez mais difícil, muito devido à própria elaboração da notícia falsa e sua inserção nas redes sociais, engajando aquela desinformação com elementos informativos adicionais que fazem com que o algoritmo da própria rede social tenha extrema dificuldade na detecção. Uma das formas usadas é a criação dos *social bots*, ou seja, perfis controlados por computadores que podem ser programados especificamente para propagação de notícias falsas. Outro método ocorre por meio dos *trolls*, que são perfis controlados por pessoas que provocam o público alvo (Shu *et al.*, 2017, p. 22-25).

Segundo define Shu *et al.* (2017, p. 25), esse mau uso das redes sociais implica no efeito chamado *Echo Chamber*, em que dois fatores psicológicos fazem com que as pessoas “caiam”

mais facilmente em *fake news*, são eles: a credibilidade social da fonte (pois o público tem maior tendência a crer naquelas pessoas com “maior credibilidade social”, ou seja, maior número de seguidores, por exemplo) e a frequência heurística, ou seja, a frequência daquela pessoa social em sempre buscar explicações próprias ou teses “não comprovadas” para determinada área.

Feita essa breve introdução, parte-se à análise, no tópico a seguir, das *fake news* no contexto político.

2 FAKE NEWS E DEMOCRACIA

Partindo de um conceito de democracia segundo o qual ela se baseia em um conjunto mínimo de regras, leis e instituições que formam a base sem a qual não se pode propriamente falar desse regime⁵, a pós-verdade desafia a lógica da racionalidade e põe em xeque a legitimidade pela qual tal conjunto mínimo de regras é sustentada, ou ainda a representatividade das instituições que formam o regime democrático possui.

A democracia atual transformou-se na sequela natural das clássicas reflexões político-filosóficas da modernidade, preocupadas com temas como a justificativa do Estado e sua formalização jurídica, os dilemas da representação e da soberania populares, e o interesse em assegurar as liberdades e os direitos humanos (Vega, 2016).⁶

Para a atual sociedade moderna digitalizada, a qual está numericamente distribuída em bolhas informativas virtuais, como se verá a seguir, questionar o Estado, sua forma, seus dilemas de representatividade e soberania, como cita Vega (2016), é questionar o próprio regime democrático adotado e, ao questionar o regime, abre-se espaço para relativismos.⁷

A história não é fato, é narrativa. Narrativa cuidadosamente selecionada e moldada. A historiografia procura, com base na análise e na síntese, narrar os fatos do passado. Há método, porém, permanece sendo uma narrativa, a qual parte de um observador, com heurísticas e vieses

⁵ O ideal clássico de democracia é compreendido “fundamentalmente na acepção rousseauiana, que é centrada nos princípios da soberania popular, da deliberação direta e da construção da 'vontade geral', e pelo utilitarismo inglês do século XIX” (Rêgo, 1994, p. 1).

⁶ No original: “El problema de la democracia se convirtió en la secuela natural de las clásicas reflexiones político-filosóficas de la Modernidad, preocupadas por asuntos tales como la justificación del Estado y su formalización jurídica, los dilemas de la representación y de la soberanía populares y el interés por asegurar las libertades y los derechos humanos”.

⁷ Trabalha-se aqui o relativismo como sendo um conceito de que os pontos de vista não têm uma verdade absoluta ou validade intrínsecos, mas têm apenas um valor relativo, subjetivo e de acordo com as diferenças na percepção e consideração de cada indivíduo ou grupo.

próprios. Sob os traços de determinado observador, um vilão torna-se herói e uma mentira pode tornar-se verdade.

Muito embora as *fake news* já existissem, elas foram sobremaneira fortalecidas quando do surgimento do contexto de sociedade informatizada⁸. A internet propicia a criação de bolhas informacionais, também conhecidas como informações descentralizadas, ou seja, não há uma comunicação universal para todos, tendo, a depender da “bolha”, um tipo de realidade e, portanto, uma forma de narrativa sobre determinado fato. O algoritmo, pode-se afirmar com tranquilidade, é um dos atores dessas bolhas virtuais.

Cada bolha informacional comunica pensamentos individuais daquele grupo em específico. Com isso, vários grupos com visões de mundo diferentes passaram a crescer e a ter voz. Isso corroborou para o fortalecimento especialmente do grupo que relativiza a verdade. E nessa perspectiva é que surge a pós-verdade. Como conceito, Marcelo Rangel entende que essa deve ser pensada como um comportamento epistêmico:

A pós-verdade pode ser pensada como um comportamento epistemológico com base no qual não há qualquer responsabilidade em relação ao que é dito, e nem um esforço de distanciamento, e, por conseguinte, de alguma diferenciação entre os desejos menos tematizados de quem pensa e se expressa e os enunciados que constitui, ou ainda, não há qualquer exercício de objetividade (Rangel, 2021, p. 13).

A pós-verdade⁹ é uma fase aguda de negação da história. Em determinado momento, foi-se possível crer que a história pode ter vários lados e ser recontada. Há hoje um sem-número de obras tentando justificar os problemas sociais, econômicos e políticos através de negação e fantasia, recorrendo a narrativas de “histórias sem ideologias”; “os dois lados da história”; ou até “histórias que seu professor de história não contou”, como promete o Guia Politicamente Incorreto da História do Brasil (Narloch, 2009).

O apelo à emoção e às crenças pessoais tem mais valor que os fatos e, consequentemente, que a história. É sempre uma “história que se anuncia como uma escolha entre contrários, numa dicotomia sectária que aniquila a complexidade do pensamento e a diversidade de ideias. Não por acaso, exalta-se o politicamente incorreto contra o politicamente correto” (MENESES, 2019, p. 84).

⁸ Sociedade Informatizada é aquela que, essencialmente, se baseia na utilização de computadores para inúmeros tipos de tarefas como pesquisa em diversos âmbitos, consultas bancárias, conexão com outros usuários, entre outros.

⁹ Pela definição do dicionário Oxford, pós-verdade quer dizer “algo que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos têm menos influência para definir a opinião pública do que o apelo à emoção ou crenças pessoais”. Em outros termos: a verdade perdeu o valor. Não nos guiamos mais pelos fatos.

A democracia é desnudada com a proliferação de pós-verdades porque essas polarizam a sociedade e, ao estimular a divisão social a partir da dicotomia do “nós” e “eles”, leva ao discurso do ódio fantasiado de liberdade de expressão. Um terreno fértil para diminuir a confiança do Estado e de suas instituições democráticas.

3 *FAKE NEWS* E O CONTEXTO POLÍTICO

O debate político migrou para a nuvem e, com isso, novos atores surgiram, dentre eles, o algoritmo. Na sociedade informatizada, o algoritmo é seu fio condutor, ou seja, é ele que sistematiza, rastreia e ordena o que é relevante de forma personalizada para cada um. Seu principal combustível são, portanto, os dados disponibilizados nas plataformas digitais. As Big Techs coletam e analisam diferentes tipos e formas de dados a fim de construir modelos de predição, identificando tendências e comportamentos, direcionando, assim, o *marketing* digital. Isso conduziu inevitavelmente à reflexão sobre as consequências da mediação das grandes corporações de tecnologia nas relações políticas. Pode-se afirmar com tranquilidade que essa reflexão se iniciou com dois casos mundialmente emblemáticos: o *Brexit* e a campanha eleitoral de Donald Trump. Entre eles, um elo em comum: a empresa Cambridge Analytica e o escândalo de uso político de dados.

A Cambridge Analytica é uma empresa de análise de dados que trabalhou na campanha a favor do *Brexit* (saída do Reino Unido da União Europeia), mas também para campanha do republicano Donald Trump nas eleições de 2016, nos Estados Unidos. A empresa teve acesso a um gigantesco volume de dados ao lançar um aplicativo de teste psicológico na plataforma Facebook¹⁰. Os usuários dessa plataforma que participaram do teste entregaram à Cambridge Analytica não apenas suas informações, mas os dados referentes a todos os amigos do perfil. Dentre as informações pessoais coletadas, pode-se ter acesso a predileções inclusive de cunho político que, utilizados em um sistema criado para medir a febre dos eleitores em época de eleição, permitiu influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas através de algoritmos e disparos de informações em massa, voltadas para cada perfil de usuário¹¹.

¹⁰ O Aplicativo chamava-se *thisisyourdigitallife* (essa é sua vida digital, em português), que pagou a centenas de milhares de usuários pequenas quantias para que eles fizessem um teste de personalidade e concordassem em ter seus dados coletados para uso acadêmico. O criador do aplicativo, Aleksandr Kogan, já possuía pesquisas sobre como deduzir a personalidade e as inclinações políticas das pessoas a partir de seus perfis no Facebook. A Cambridge Analytica – que não tem relação nenhuma com a Universidade de Cambridge – comprou os dados coletados por ele.

¹¹ Como já mencionado neste artigo, chama-se isso de bolhas de informação, que nada mais são do que grupos de indivíduos se retroalimentando de ideias em espaços virtuais, especialmente nas redes sociais. Elas são

Especificamente no esquema de predileções para fins políticos, o algoritmo mede os apelos emocionais dos usuários de diversas bolhas informativas. Com essa medição, aquele que manipula o algoritmo cria narrativas específicas a essas pessoas, sendo uma para cada mundo/bolha.

Seja por meio da desinformação (quando uma informação é verdadeira, mas é retirada de seu contexto), seja por meio da denominada *misinformation* (quando são informações inverídicas criadas especialmente para aquele perfil de usuário), os usuários “caem” na narrativa, já que se inserem emocionalmente em seu contexto, propagando-a e elevando-a como uma notícia verídica.

Materializadas em formato de propaganda, as notícias falsas são lançadas geralmente em forma de propaganda intencionalmente projetada para enganar o leitor. E foi com a informatização da sociedade e o uso de instrumentos tecnológicos que as notícias falsas viraram motivo de preocupação. O alcance que as *fake news* possuem hoje e a rapidez com que são difundidas é infinitamente maior do que quando não se tinha a tecnologia a seu dispor.

Esses serviços de disparo de mensagens também foram contratados no Brasil, e o foram especificamente para campanhas eleitorais. Lindolfo Alves informou que seus serviços foram contratados para algumas campanhas presidenciais, em especial as do candidato Fernando Haddad e Jair Bolsonaro, nas eleições presidenciais de 2018. Lindolfo é um dos sócios da empresa de marketing digital Yacows, e sua fala se deu em depoimento prestado na CPMI das Fake News.

4 FAKE NEWS E A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE) NO COMBATE À DESINFORMAÇÃO

Passadas as eleições de 2018, justamente por não ter havido até então nenhuma previsão legal a respeito da utilização desses serviços de disparo de mensagens em massa, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou uma resolução sobre a qual regulamenta a propaganda eleitoral, a utilização e geração do horário gratuito, bem como elenca as condutas ilícitas em campanha eleitoral. Foi com a edição da Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019, que os serviços de disparo em massa de mensagens passaram a ser vedados, nos termos do que dispõe seu art. 28, IV, alíneas “a” e “b”.

resultado da algoritmização da sociabilidade online e têm potencial para gerar consequências ruins a democracias em geral e a empresas em específico.

A redação do citado dispositivo passou por alteração também por meio de resolução no âmbito do TSE. Isso se deu porque as eleições municipais de 2020 também foram marcadas pela propagação de *fake news* e desinformação.

A nova diretriz do TSE (Res. nº 23.671, de 14 de dezembro de 2021) alterou diversos dispositivos da Res. nº 23.610/19, em especial os arts. 9º-A (o qual trata especificamente das *fake news*)¹²; 28 (disparo em massa de mensagens e uso de *bots*)¹³; 29 (propaganda eleitoral paga na internet)¹⁵; e 30 (tratamento de dados pessoais)¹⁶.

As normativas, todavia, foram insuficientes. Nas últimas eleições presidenciais, houve propagação de informações falsas diversas como nunca antes visto. O próprio termo *fake news* foi repetido à exaustão nos debates. A desinformação foi desde que haveria o fechamento de igrejas, corte em salários e pensões, até canibalismo e narcotráfico (Domingos, 2022a, 2022b; Tupina, 2022; Vettorazzo, 2022). O motor fundamental para o êxito das *fake news* foi as inovações tecnológicas, como os *bots* (contas-robô), já explicados em momento anterior, as *deep fakes*¹⁷ e os já citados disparos em massa.

Essa escalada de notícias inverídicas levou o TSE a editar a Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022. A Resolução buscou enfrentar de forma direta a desinformação atentatória à dignidade do processo eleitoral (art. 1º). Dentre as medidas adotadas, o TSE permitiu atuação de ofício para exclusão de materiais que divulguem ou compartilhem fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados (art. 2º, *caput* e § 1º), podendo inclusive

¹²Art. 9º-A. É vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinja a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos, devendo o juízo eleitoral, a requerimento do Ministério Público, determinar a cessação do ilícito, sem prejuízo da apuração de responsabilidade penal, abuso de poder e uso indevido dos meios de comunicação.”

¹³*Bot*, diminutivo de *robot*, também conhecido como *Internet bot* ou *web robot*, é uma aplicação de *software* concebido para simular ações humanas repetidas vezes de maneira padrão, da mesma forma como faria um robô.

¹⁴Art. 28. A propaganda eleitoral na internet poderá ser realizada nas seguintes formas: IV - por meio de blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas, dentre as quais aplicativos de mensagens instantâneas, cujo conteúdo seja gerado ou editado por: a) candidatas, candidatos, partidos políticos, federações ou coligações, desde que não contratem disparos em massa de conteúdo nos termos do art. 34 desta Resolução (Lei nº 9.504/1997, art. 57-J); ou b) qualquer pessoa natural, vedada a contratação de impulsionamento e de disparo em massa de conteúdo nos termos do art. 34 desta resolução Lei nº 9.504/1997, art. 57-J).

¹⁵Art. 29. É vedada a veiculação de qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet, excetuado o impulsionamento de conteúdos, desde que identificado de forma inequívoca como tal e contratado exclusivamente por partidos políticos, federações, coligações, candidatas, candidatos e representantes (Lei nº 9.504/1997, art. 57-C, *caput*).

¹⁶Art. 31. É vedada às pessoas relacionadas no art. 24 da Lei nº 9.504/1997 e às pessoas jurídicas de direito privado a utilização, doação ou cessão de dados pessoais de clientes em favor de candidatas, candidatos, partidos políticos, federações ou coligações (Lei nº 9.504/1997, arts. 24 e 57-E, *caput*; ADI nº 4.650, DJe 24.2.2016; e Lei nº 13.709/2018, arts. 1º e 5º, I)

¹⁷*Deep fake* uma amálgama de *deep learning* e *fake*. Com o uso da inteligência artificial, sintetiza-se imagens e sons humanos e, com isso, combina-se a fala a um vídeo já existente.

suspender usuários nas plataformas digitais (art. 4º), impedindo que esses mesmos usuários criem novas contas, perfis ou canais (parágrafo único do art. 4º).

O TSE facultou a si próprio a imposição de medidas duras para combate à desinformação e *fake news* em período eleitoral. A partir dessa resolução, uma semana antes do 2º turno das eleições, algumas implicações começaram a ser levantadas e, dentre elas, a possibilidade dessa normativa já passar a vigorar para as eleições que estavam ocorrendo naquele período, bem como, é claro, do novo e extensivamente ampliado poder de polícia do Presidente daquele Tribunal.

Fazendo um pequeno recorte, resoluções e decretos são espécies normativas com força de lei ordinária (art. 59, VI e VII, da CF) e são editados exclusivamente pelo Poder Legislativo, já que tratam de matérias de competência do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal. No caso do Tribunal Superior Eleitoral, há também, dentre seus poderes, o normativo, esse previsto nos arts. 1º, parágrafo único, e 23, inc. IX¹⁸, ambos do Código Eleitoral; e art. 61 da Lei nº 9.096/1995¹⁹.

O Supremo Tribunal Federal já foi questionado a respeito, tendo entendido como possível o exercício do poder normativo pelo TSE porque “não extrapolam o poder regulamentar conferido a esta Corte, porquanto o intuito é assegurar a estabilidade dos atos realizados durante o processo eleitoral” (Ac. de 10.6.2021 no AgR-REsp-El nº 060007103, Min. Mauro Campbell Marques).

Em outras palavras, o STF pacificou seu entendimento sobre o qual “a edição de resolução sobre matéria eleitoral prevista em lei e amparada por diversos precedentes desta Corte não extrapola a competência regulamentar conferida ao Tribunal Superior Eleitoral” (Ac. de 10.3.2020 no AgR-AI nº 78135, rel. Min. Tarcísio Vieira De Carvalho Neto).

Acontece que a Resolução nº 23.714 esbarra óbice no art. 105, da Lei nº 9.504/1997, porque tal dispositivo estipula um limite temporal ao exercício do poder normativo quanto às eleições:

Art. 105. Até “o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”.

¹⁸ Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código;

¹⁹ Art. 61. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para a fiel execução desta Lei.

A Resolução 23.714/22 foi editada após 5 de março, não sendo aplicável, portanto, às eleições daquele ano. E foi com base nessas implicações que a Procuradoria Geral da República, no dia seguinte à publicação da normativa, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 7.261) para, justamente, questionar a extrapolação de poderes do TSE, bem como dos vícios de procedibilidade dessa resolução, já que atropelava a iniciativa do Ministério Público como único legitimado a realizar tanto a fiscalização de cumprimento da lei, quanto de ingressar com as medidas cabíveis judicialmente.

A resolução foi mantida *in limine* pelo Ministro Relator da ADI, Edson Fachin, e ratificada pelo plenário, por maioria²⁰. Edson Fachin, ao proferir a decisão monocrática, afirmou que, por se estar a poucos dias do segundo turno das Eleições Gerais de 2022, “importa que se adote postura deferente à competência do TSE, admitindo, inclusive, um arco de experimentação regulatória no ponto do enfrentamento ao complexo fenômeno da desinformação e dos seus impactos eleitorais”. O Ministro, ciente da ausência de normativa específica para lidar com *fake news* e difusão massiva e robótica de desinformação, tentou minimamente barrar essa tentativa de desintegração do debate público em um verdadeiro “arco de experimentação regulatória”, como citou.

O debate político como é realizado hoje fomenta a propagação de notícias falsas, principalmente porque a digressão é livre e sem amparo de um jornalista, ou seja, o debate não possui o compromisso com a verdade assim como o verdadeiro jornalismo. Isso também acontece nas redes sociais. É fundamental, portanto, o olhar crítico das instituições sobre os acontecimentos.

A atuação do TSE levantou indagações sobre eventuais abusos na imposição desse filtro avaliativo sobre o que pode e o que não pode, especificamente em um contexto eleitoral. Ao mesmo tempo, marcou o início de uma nova fase do regime democrático, o qual se mostrou pronto para derrubar quaisquer intentos ardilosos para desmoralizar, desacreditar e até mesmo acabar com as instituições democráticas.

As *fake news* são mecanismos corrosivos da democracia porque deturpam o funcionamento do regime democrático. Através delas a integridade da informação fica comprometida e a sociedade acaba seguindo uma narrativa que desconfia da sistemática das eleições e conseqüentemente do próprio sistema democrático.

²⁰Apenas dois ministros ficaram vencidos: André Mendonça e Nunes Marques que, coincidentemente, foram os dois últimos ministros indicados pelo então Presidente Jair Bolsonaro.

Para tempos drásticos é necessário medidas drásticas. O algoritmo, principal motor condutor das *fake news*, e a pós-verdade, cujos principais atores são também protagonistas da desinformação, juntos ameaçam a lisura das eleições e a higidez do devido processo eleitoral.

As estratégias utilizadas pelo TSE garantem à população o necessário amadurecimento com a cultura democrática. É preciso que o discernimento sobre o que deve ser consumido, a título de informações, e o que deve, sem estreme de dúvidas, ser rechaçado cresça e, com isso, crie na sociedade uma cultura de combate às *fake news* e de defesa do regime democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou o conceito, a problemática e os efeitos das *fake news* na democracia e no processo eleitoral, bem como analisou a atuação do TSE, principalmente nas últimas eleições gerais de 2022, no combate à desinformação.

Em uma perspectiva macro, identificar uma *fake news* tem se demonstrado cada vez mais difícil, muito devido à própria elaboração da notícia falsa e sua inserção nas redes sociais, engajando aquela desinformação com elementos informativos adicionais que fazem com que o algoritmo da própria rede social tenha extrema dificuldade na detecção. Uma das formas usadas é a criação dos *social bots*, ou seja, perfis controlados por computadores que podem ser programados especificamente para propagação de notícias falsas. Outro método ocorre por meio dos *trolls*, que são perfis controlados por pessoas que provocam o público alvo.

Muito embora as *fake news* já existissem, elas foram sobremaneira fortalecidas quando do surgimento do contexto de sociedade informatizada. A internet propicia a criação de bolhas informacionais, também conhecidas como informações descentralizadas, ou seja, não há uma comunicação universal para todos, tendo, a depender da “bolha”, um tipo de realidade e, portanto, uma forma de narrativa sobre determinado fato. O algoritmo, pode-se afirmar com tranquilidade, é um dos atores dessas bolhas virtuais.

Isso conduziu inevitavelmente à reflexão sobre as consequências da mediação das grandes corporações de tecnologia nas relações políticas. Pode-se afirmar com tranquilidade que essa reflexão se iniciou com dois casos mundialmente emblemáticos: o *Brexit* e a campanha eleitoral de Donald Trump. Entre eles, um elo em comum: a empresa Cambridge Analytica e o escândalo de uso político de dados.

No Brasil, o fenômeno também chegou ganhando força. Nas três últimas eleições, o país enfrentou um ataque maciço de notícias fraudulentas e crimes eleitorais travestidos de falsa

liberdade de expressão, por meio das redes sociais. O TSE precisou inovar sua atuação para defender a lisura dos pleitos diante da agressão inédita.

Para tanto, editou duas resoluções: nº 23.610 de 18 de dezembro de 2019; e nº 23.671, de 14 de dezembro de 2021. Todavia, as normativas foram insuficientes. Nas últimas eleições presidenciais, houve propagação de informações falsas diversas como nunca antes visto. O próprio termo *fake news* foi repetido à exaustão nos debates.

O motor fundamental para o êxito das *fake news* foi as inovações tecnológicas, como os *bots* (contas-robô), as *deep fakes* e os disparos em massa. Ciente disso, o TSE, em meio ao 2º turno das últimas eleições gerais de 2022, em 20 de outubro de 2022, editou a Resolução nº 23.714, buscando enfrentar de forma mais incisiva e direta a desinformação atentatória à dignidade do processo eleitoral.

O TSE, através desta última resolução, facultou a si próprio a imposição de medidas duras para combate à desinformação e *fake news* em período eleitoral. A medida é polêmica e implicações começaram a ser levantadas. Dentre elas, a possibilidade dessa normativa já passar a vigorar para as eleições que estavam ocorrendo naquele período, bem como, é claro, do novo e extensivamente ampliado poder de polícia do Presidente daquele Tribunal.

As implicações foram parar no STF que, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.261, declarou-a constitucional, por maioria de votos. Mesmo assim, o TSE permaneceu sendo alvo de críticas.

Diferentemente do que as críticas apontam, as estratégias utilizadas pelo TSE garantem à população o necessário amadurecimento com a cultura democrática. O algoritmo, principal motor condutor das *fake news*, e a pós-verdade, cujos principais atores são também protagonistas da desinformação, juntos ameaçam a lisura das eleições e a higidez do devido processo eleitoral e, justamente em razão disso, adotar uma postura deferente à competência do TSE para que se admita um arco de experimentação regulatória no enfrentamento das *fake news* é zelar pela manutenção do devido processo eleitoral e, conseqüentemente, do regime democrático.

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. Fake news: Regulação ou metarregulação? **Revista de Informação Legislativa - RIL**, Brasília, v. 58, n. 230, p. 29-53, abr./jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.671, de 14 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-671-de-14-de-dezembro-de-2021?texto=compilado>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022**. Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022?texto=compilado>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. **CPMI Fake News - Depoimentos dos sócios-proprietários da empresa Yacows**. Vídeo (4:43:53). TV Senado, 21 fev. 2020.

DOMINGOS, Ronei. **É #FAKE mensagem que diz que Lula declarou que irá fechar igrejas em 2023**, G1, 7.10.2022a. Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/eleicoes/noticia/2022/10/07/e-fake-mensagem-que-diz-que-lula-declarou-que-ira-fechar-igrejas-em-2023.ghml>. Acesso em: 11 ago. 2023.

DOMINGOS, Ronei. **É #FAKE que Bolsonaro disse em entrevista que cortará 25% dos salários e pensões**, G1, 27.10.2022b. Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/eleicoes/noticia/2022/10/27/e-fake-que-bolsonaro-disse-em-entrevista-que-cortara-25percent-dos-salarios-e-pensoes.ghml>. Acesso em: 11 ago. 2023.

FARIAS, Luiz Alberto; DAMASCENO, Marcelo Simões; JULIOTTI, Renata Elias. PL das fake news: análise de tramitação do regramento de combate à desinformação no Brasil. **Paraná Eleitoral - Revista Brasileira de Direito Eleitoral e Ciência Política**, v. 12, n. 1, p. 106-131, 2023.

HERMINIO, Beatriz. **Fake news**: origem, usos atuais e regulamentação. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2022. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/fake-news-origem-usos-atuais-e-regulamentacao>. Acesso em: 11 ago. 2023.

LIMA, Damião de; ANDRADE, Juliana Alves de. Ensinar história em tempos de pós-verdade: o que está em jogo? **Saeculum – Revista de História**, v. 26, n. 45, p. 175-188, 2021.

MENESES, Sônia. Uma história ensinada para Homer Simpson: negacionismos e os usos abusivos do passado em tempos de pós-verdade. **Revista História Hoje**, v. 8, n. 15, p. 68-88, 2019.

NARLOCH, Leandro. **Guia politicamente incorreto da História do Brasil**. São Paulo: Leya Editora, 2009.

PENNYCOOK, Gordon; RAND, David G. The Psychology of Fake News. **Trends in Cognitive Sciences**, v. 25, n. 5, p. 388-402, mai. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.tics.2021.02.007>. Acesso em: 11 ago. 2023.

RANGEL, Marcelo de M. Ensino de História: temporalidade, pós-verdade e verdade poética. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, p. 01-27, 2021.

RÊGO, W. D. L. Notas sobre o conceito de democracia em Joseph A. Schumpeter e Hans Kelsen. *In*: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 18, 1994, Caxambu/MG. **Anais [...]**. Caxambu/MG, 1994. p. 1-31.

SHU, Kai *et al.* Fake News Detection on Social Media: A Data Mining Perspective. **Special Interest Group on Knowledge Discovery in Data Newsletter - SIGKDD**, v. 19, n. 1, p. 22-36, jun. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/3137597.3137600>. Acesso em: 11 ago. 2023.

TUPINA, Matheus. **TSE remove propaganda que associa Bolsonaro a canibalismo**, Folha de S. Paulo, 9.10.2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/10/tse-manda-remover-propagandas-de-lula-que-associam-bolsonaro-a-canibalismo.shtml>. Acesso em: 11 ago. 2023.

TENOVE, Chris; BUFFIE, Jordan; MOSCROP, David. **Digital Threats to Democratic Elections: How Foreign Actors Use Digital Techniques to Undermine Democracy**. Santa Bárbara: Centre for the Study of Democratic Institutions, 2018.

VEGA, José Fernández. **Variaciones sobre la democracia posmoderna**. [S.l.]: Nueva Sociedad, 2016.

VETTORAZZO, Lucas. **TSE derruba novas postagens que ligam Lula ao tráfico de drogas**, Veja, 28.10.2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/tse-derruba-novas-postagens-que-ligam-lula-ao-trafico-de-drogas>. Acesso em: 11 ago. 2023.

DIREITO DIGITAL: A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E AS PERSPECTIVAS FUTURAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL 115/2022

Samara Tavares Agapto das Neves de Almeida Silva¹

Míriam Parmegiani da Costa²

RESUMO: O estudo busca esclarecer a importância de considerar o direito à proteção dos dados pessoais como cláusula pétrea, inclusive como garantidor dos demais direitos fundamentais já incutidos na Constituição Federal de 1988 desde a sua promulgação, destacando para isso a relevância da inclusão do inciso LXXIX em seu artigo 5º, pela Emenda Constitucional 115/22, mesmo posterior à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil - LGPD (Lei nº 13.709/2018). Ademais, discutir-se-á questões pertinentes à proteção dos direitos fundamentais na Sociedade Digital, principalmente no que diz respeito ao direito à privacidade. Neste sentido, utilizar-se-á predominantemente o método dedutivo associado à pesquisa bibliográfica para melhor compreensão da dimensão histórica e social da necessidade de positivação constitucional dos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: globalização; dados; *cookies*; *big data*; sociedade digital.

INTRODUÇÃO

O estudo objetiva investigar os motivos pelos quais a Constituição Federal de 1988 – CF/1988, precisou passar por um procedimento de Emenda Constitucional - EC para a inserção do direito à proteção dos dados pessoais no rol do artigo 5º, diante dos desafios da preservação dos demais Direitos Fundamentais frente à sua imersão na Sociedade Digital.

Para tanto, foi necessário demonstrar a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro pautado na “Pirâmide Kelseniana”³ e as dificuldades e incongruências que poderiam ser suscitadas com a presença apenas de normas infraconstitucionais regulando a matéria e, não

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil. Graduada e Mestre em Direito pelo Centro Universitário “Eurípides” de Marília - UNIVEM com área de concentração em Teoria do Direito e do Estado. Professora da Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva – FAIT e da Faculdade de Administração de Santa Cruz do Rio Pardo – FASC; Advogada; Conciliadora e Mediadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJ/SP. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9055201250273081>. E-mail: samaraagapto@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Administração de Santa Cruz - FASC, Brasil. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1308324821041506>. E-mail: miriam.law@hotmail.com.

³ O princípio da hierarquia das normas é uma teoria criada pelo jurista Hans Kelsen em sua obra Teoria Pura do Direito, mas importante destacar que nela não há referência à “Pirâmide de Kelsen”, pois, quem usou a imagem da pirâmide em um contexto metodológico e pedagógico para explicá-lo, foi seu aluno Adolf Merckl, com o objetivo de usar um símbolo capaz de simplificar o desenho teórico do pensamento de Kelsen.

obstante, é iminente a caracterização do novo dispositivo como *clausula pétrea*, no intuito de estabelecer mais um suporte à segurança jurídica dos usuários.

Ademais, diante da prerrogativa mundial e da pressão internacional, houve um despertar em âmbito nacional para estabelecer uma legislação eficaz para a proteção dos dados. O Brasil – por sua base teórica dualista no Direito Interacional – precisou trazer à Constituição o direito que justificaria a aderência e incorporação aos Tratados Internacionais, para garantir sua constitucionalidade, incorporando-os com *status* de Emenda Constitucional.

Não obstante, ficou comprovado que a positivação constitucional foi o primeiro passo para os desafios que se seguem à Sociedade Digital, principalmente quanto ao conceito do *Big Data* – explanado posteriormente – já que a proteção à privacidade e o conceito de Internet parecem incompatíveis e controversos.

Neste viés, embora considerado extremamente recente, o Direito Digital é assunto de interesse de diversas áreas inomináveis por sua amplitude e importância, sendo imperioso o desenvolvimento de suas questões para assegurar ao Direito a tão presada segurança jurídica, afinal, sem ela, em um cenário mutável e incerto, não será possível na Sociedade Digital; resguardar de maneira efetiva nenhum dos Direitos Fundamentais.

Por toda essa mecânica entre a Constituição e a lei infraconstitucional, autores como Pinheiro e Sarlet, falam somente sobre métodos preventivos, uma vez que – diante da imersão dessa nova realidade - vários empecilhos advêm dos próprios usuários, os quais fornecem seus dados pessoais por se renderem ao conformismo e comodidade dos aplicativos gratuitos, já que esta fórmula funciona como uma moeda de troca da utilização dos aplicativos virtuais.

Neste cenário, encontra-se o projeto “Quem Defende Seus Dados?” do InternetLab em parceria com a *Electronic Frontier Foundation* (EFF) o qual e desde 2016, apresenta com números as falhas na proteção dos dados fornecidos às empresas provedoras de conexão à Internet no Brasil, o que demonstra a necessidade de norma constitucional na garantia da proteção, de modo que mesmo após a Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil - LGPD, não houve a completa adequação e efetivação do direito diante da expansão da *Big Data*.

Portanto, fica claro que o direito fundamental primeiramente afetado, quando se trata de Direito Digital (especificamente do direito à proteção de dados) é o direito à privacidade o qual, será abordado em um tópico específico e que apresenta um mecanismo basilar na formação da própria internet, os *cookies*.

Ademais, feita a apresentação de um tópico novo da discussão, o próximo passo é a apresentação dos mecanismos de captação de dados, o *data mining* ou “mineração de dados”

o qual, basta um único contato, isto é, um único acesso à plataforma virtual e mesmo sem o consentimento ou ciência dos usuários, os dados ficam disponíveis e serão utilizados e compartilhados dentro do universo digital.

Com tudo isso, ficam claros os motivos pelos quais a incorporação do direito à proteção de dados pessoais na CF/1988, trata-se de um grande passo para o Estado de Direito na medida em que representa manutenção e sustentáculo dos Direitos Fundamentais existentes.

Por fim, de maneira geral, a temática se mostra necessária e atual; contudo, em um primeiro momento, sem possibilidade de respostas que não sejam apenas paliativas, motivo pelo qual se utilizou o método dedutivo cumulado à pesquisa bibliográfica na busca por respostas – se é que elas existem.

1 A PIRÂMIDE KELSENIANA E O DIREITO DIGITAL

A Comissão de Direito Digital da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB de Niterói/RJ organizou uma cartilha sobre direito digital, na qual afirma ser a sociedade digital um conceito que abrange pessoas físicas e jurídicas usuárias da internet, das tecnologias de informação e de transmissão de dados, incluindo aquelas que não têm acesso a nenhum meio, alegando que mesmo assim “os dados são coletados e transmitidos pela rede, muitas vezes independentemente do seu próprio conhecimento a respeito” (OAB, 2021, p. 10).

Neste cenário – embora não seja o objetivo deste estudo – é imprescindível lembrar que ainda que difundida e presente diariamente na vida de muitas pessoas, o acesso à internet e à tecnologia da informação não abrange a todos, sendo pauta recorrente o tópico denominado “inclusão digital”, já que os meios de comunicação digitais hoje correspondem a ferramentas de exercício da cidadania, como também, de Direitos e Garantias Fundamentais.

Dito isso, a “inclusão digital” deve ser entendida como direito fundamental a ser resguardado com minúcias, pois, a CF/1988 assim o estabeleceu no tocante às necessárias e importantes políticas públicas de reequilíbrio social, já que, com o advento da tecnologia e o rápido avanço da globalização no estreitamento das relações e das distancias, passou a permear direitos – inclusive e principalmente os Direitos Fundamentais.

Assim e por exemplo, tornou-se desafio ainda maior garantir a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas – como já prevê o inciso X do artigo 5º da CF/1988 – na medida em que, com a modernização das relações em todas as áreas da

sociedade, estar exposto ultrapassa os limites da voluntariedade e torna-se essencial nas relações intrínsecas à vida, pois a maioria delas é dependente do meio tecnológico.

Não obstante, a necessidade de proteção ficou ainda mais latente com a entrada em vigor da LGPDB (Lei nº 13.709/2018) que embora importante, pela hierarquia legal deve possuir abrangência limitada comparativamente aos demais Direitos Fundamentais.

Neste viés, é perceptível como os tais direitos já garantidos, estão imersos na realidade digital e precisam receber uma nova interpretação; assim, observada a pirâmide kelseniana⁴, “a exemplo do que ocorreu em outras ordens constitucionais, o direito à proteção dos dados pessoais pode (e mesmo deve!) ser associado e reconduzido - exatamente como o fez o STF, a alguns princípios e direitos fundamentais de caráter geral e especial” (Sarlet, 2021, p. 1).

Neste sentido e no conjunto do ordenamento jurídico brasileiro, havia necessidade da inserção de um direito à proteção de dados pessoais na CF/1988, isto é, um direito revestido de fundamentação Constitucional o qual, foi concretizado com a aprovação do Projeto de Emenda Constitucional - PEC 17/2020 e posterior promulgação da EC 115/22, acrescentando-se o inciso LXXIX ao artigo 5º: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

E com base no estudo de Sarlet (2022, p. 1), “adere-se aqui ao entendimento favorável quando a inserção por emenda apenas formalizar o que pode ser tido como um direito fundamental implícito, caso precisamente da proteção de dados pessoais”, ou seja, há neste entendimento a certeza de que o cerne do referido direito estava implícito no rol pétreo, sendo apenas revelado pela emenda constitucional.

2 DA LGPD E DAS LACUNAS NORMATIVAS

O direito fundamental à proteção de dados possui particular relevância por sua abrangência uma vez que, em cada matéria que se suscite o envolvimento deste, surgem novas lacunas regulatórias e de caráter urgente no contexto da segurança jurídica, o que e por esta razão, o reconhecimento e a inclusão do já citado inciso LXXIX na CF/1988 como parte dos Direitos Fundamentais, afirma-se como vetor jurídico para preencher a chamada “zona livre”

⁴ A “Pirâmide de Kelseniana” ou “Pirâmide de Kelsen” é um conceito criado por autores, que se baseiam no princípio da hierarquia existente entre as normas legais, e as distribuem em uma estrutura piramidal atribuindo ao topo a norma mais influente, que é a Constituição Federal, seguida das demais legislações – da mais influente no ordenamento, para a mais influenciada (Carvalho, 2012).

na proteção dos dados pessoais. Esse cenário se reflete em caráter mundial, sendo destacado por Pinheiro (2021, p. 29) que:

A digitalização das atividades vem sendo aplicada por diversos setores, em diferentes processos e com finalidades distintas, especialmente com o objetivo de melhorar indicadores de eficiência e produtividade. Contudo, esse novo paradigma tecnológico requer reflexão profunda sobre fronteiras e princípios direcionadores da sua aplicação, e exige a ampliação do leque de competências necessárias para uma harmoniosa colaboração humano-tecnológica. Assim, começam a surgir propostas de regulamentação em todo o mundo para que se crie um quadro jurídico mais robusto (*framework legal*).

Outrossim, sendo o Brasil adepto da Teoria Dualista⁵, havendo a necessidade de um procedimento de incorporação de direitos estrangeiros, quando esses se refiram a direitos fundamentais são incorporados com *status* de emenda constitucional no teor do artigo 5º, §§ 2º e 3º da CF/1988.

Nesta direção, fundamenta-se a essencialidade na inclusão do direito fundamental à proteção de dados pessoais no corpo da CF/1988 para a manutenção da consistência formal e material do ordenamento jurídico com essa, a fim de evitar incompatibilidades também com documentos internacionais no chamado controle jurisdicional de convencionalidade⁶.

Fica claro, portanto, que a capacidade de adaptação do direito determina a própria segurança jurídica, contudo, diante do *Big Data*⁷ a velocidade com que as informações são produzidas prejudicam a estabilidade do sistema jurídico, sendo necessário repensar o Direito para que seja possível produzir normas válidas e eficazes no tempo.

Para reforçar essa problemática, Pinheiro (2021, p. 41) apresenta o “fenômeno da convergência”, que consiste na interconexão dos dispositivos multimídia, afirmando que essa será total quando a interatividade for alcançada, ou seja, quando todos os *chips* dos aparelhos eletrônicos existentes se comunicarem, intensificando o *Big Data*.

⁵ A Teoria Dualista defende que o Direito Interno e o Direito Internacional são ordens jurídicas distintas, autônomas e independentes (Triepel, 1966).

⁶ “Controle de convencionalidade é o nome dado à verificação da compatibilidade entre as leis de um Estado com as normas dos tratados internacionais firmados e incorporados à legislação do país. No contexto regional onde o Brasil está inserido, em que vale o sistema interamericano de direitos humanos, esse controle tem o poder de suprimir, revogar ou suspender efeitos jurídicos de determinada norma de um país se houver afronta à Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) ou à Convenção Interamericana de Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica” (CNJ, 2021).

⁷ Conceito do direito digital que se refere à capacidade de gerar dados pelo acesso a diversas fontes, associada aos chamados 5 V’s (Yuri Demchenko, 2014): variedade, volume, velocidade, veracidade e valor, sendo que as fontes são os locais em que as informações são armazenadas, por exemplo, Google, Facebook, Instagram e WhatsApp.

3 *BIG DATA* E A ATUALIZAÇÃO DO DIREITO

O “fenômeno da convergência” anteriormente apresentado é exemplificado em sua plenitude por Pinheiro (2021, p. 41): “[uma] geladeira terá a capacidade de constatar a iminência de um defeito qualquer [...], enviar um e-mail para a empresa de assistência técnica, que poderá consertar o defeito remotamente, pela rede, sem precisar ir até sua casa [...]”.

Percebe-se com esse exemplo um agravamento na problemática da mutabilidade do Direito exatamente pela insegurança jurídica que mudanças constantes causariam, ou seja, o ponto focal do Direito em relação ao *Big Data* – especificamente quanto à produção normativa – seria quanto à “Velocidade e Volume”⁸ da produção de informações; assim, pensar-se-ia em normas mais abrangentes e de caráter predominantemente preventivo.

Neste contexto, o InternetLab em parceria com a Electronic Frontier Foundation (EFF) desenvolve o projeto “Quem Defende Seus Dados?” (QDSD?), versão brasileira da pesquisa estadunidense “*Who has your back?*” desde 2016, com dados já disponíveis da sua 7ª edição (InternetLab, 2022), sendo que os estudos e levantamentos por eles realizados permitem constatar que as empresas ainda falham muito em atender aos requisitos de segurança e privacidade dos dados pessoais.⁹

Por esse motivo, conforme Pinheiro (2021), há uma tendência legislativa em limitar o poder do *Big Data*, contudo, essa limitação vai de encontro à economia digital em que as empresas têm seu valor estabelecido com base no potencial dos dados acumulados em seus bancos de informações, um conflito que possui particular similaridade com a construção da Constituição Federal de 1988, que em sua primeira parte é social e garantidora, enquanto que em sua metade final incentiva a livre iniciativa, um conflito que certamente impactará no limite que será estabelecido para o *Big Data*.

Por isso, Pinheiro (2021, p. 62) afirma que “se há discussões sobre os limites éticos aplicáveis à atuação da iniciativa privada, em especial, dos novos negócios digitais, devemos rever o próprio modelo antes de aplicar uma lei mais rígida”, deixando assim clara a incompatibilidade das medidas. Da mesma forma, a controvérsia se repete nos mecanismos de proteção à privacidade, afinal, “proteger a privacidade tem um custo e gera também um ônus para o usuário final, até então, em geral, satisfeito com a possibilidade de “pagar” serviços gratuitos com seus próprios dados” (Pinheiro, 2021, p. 100).

⁸ Que fazem parte dos 5 V's da definição do *Big Data*.

⁹ Interpretação dos dados disponíveis no site do projeto “Quem defende seus dados” desenvolvido pelo InternetLab em parceria com a Electronic Frontier Foundation (EFF).

Neste sentido, o surgimento de legislações voltadas ao tema digital, não se legitimariam com a desconstrução do modelo atual, por não corresponder a uma possibilidade viável ou mesmo aceita pelos próprios usuários. Desta forma, fala-se, em aplicações de contratos com medidas educativo-preventivas e punitivo-restaurativas para resguardar os interesses dos usuários e ao mesmo tempo garantir o direito à proteção dos dados pessoais.

4 SOCIEDADE DIGITAL E A VULNERABILIDADE DOS DIREITOS

Apresentado o contraste entre a Sociedade Digital e proteção dos dados e o direito à privacidade, Oliveira e Silva (2023, p. 297) apontam o que chamam de “interferências dos elementos que compõem a arquitetura da rede”, um exemplo é o caso dos *cookies*¹⁰ de navegador, que são responsáveis por rastrear e tratar dados pessoais silenciosamente, o que torna ainda mais complexo o processo de proteção à privacidade na rede.

Curiosamente, Lessig (2006) em seu capítulo sobre privacidade aponta os *cookies* como ferramentas indispensáveis para o desenvolvimento da Internet como conhecemos hoje, principalmente quanto ao chamado comércio virtual; ademais, entende que os progressos legislativos pertinentes à privacidade no âmbito do Direito Digital estão mais relacionados à política econômica do que qualquer outro setor.

Não obstante, em seus estudos faz um comparativo muito pertinente ao tema quanto às evoluções legislativas relacionadas à privacidade e aos direitos autorais, afirmando que é a economia política vigente naquela Sociedade Digital que busca uma solução para cada problema, afirmando assim que os interesses ameaçados nos direitos autorais na realidade digital são bem organizados e definidos, diferentemente do que acontece com a privacidade, descrita por ele como um interesse desorganizado e difuso – o que justificaria o dilema. Neste viés, afirma Lessig (2006, p. 201):

*The result of these differences, as any political theorist would then predict, is that over the past ten years, while we've seen a lot of legislative and technical changes to solve the problems facing copyright, we've seen very few that would solve the problems of privacy*¹¹

¹⁰ Trata-se de mecanismos responsáveis por permitir que o operador do site identifique o usuário e personalize a página para um futuro acesso.

¹¹ Tradução livre: “O resultado dessas diferenças, como qualquer político teórico poderia prever, é que com o passar de dez anos, enquanto nós já tivermos visto muitas mudanças legislativas e técnicas para resolver problemas relacionados aos direitos autorais, nós veremos muitas menos para resolver problemas de privacidade”.

Huang (1998, p. 02) faz um alerta sobre a próxima fase (já vigente) na coleta de dados dos usuários, o chamado *data mining* ou “minerador de dados”, apresentando-o como uma técnica que promoveu a redução dos custos de divulgação, partilha e correlação de dados do consumidor depois de colhidos uma vez; ou seja, os dados permanecem mantidos em bancos de dados *on-line* e são coletados sem remuneração e sem o consentimento informado dos consumidores; fala-se aqui sobre o núcleo da discussão do Direito Digital e da privacidade: questões legais e econômicas (Pinheiro, 2021).

Dito isso, quando se fala da aprovação da EC 115/2022, observa-se a tendência da sociedade brasileira neste momento, pois o legislador, ao sopesar o paradigma anteriormente descrito deu maior importância à questão legal, afirmando novamente o caráter protetivo da Constituição Cidadã por continuar resguardando a efetivação dos Direitos Fundamentais das pessoas.

Assim, a constitucionalização do direito à proteção dos dados foi essencial medida que garantirá – em um futuro muito próximo – que o Direito Digital possua regulamentação adequada para as suas diversas áreas de abrangência (infralegal, administrativa, conciliatória etc.) permitindo ainda maior segurança jurídica no trato dos conflitos iminentes que venham surgir nesta sociedade hiper conectada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto desta forma, fica claro que foi uma escolha acertada do legislador inserir no rol do artigo 5º da CF/1988 o direito à proteção dos dados pessoais, não apenas como alicerce da competência constitucional original no ordenamento jurídico brasileiro, mas como verdadeiro garantidor de que seriam superados os desafios da preservação dos demais Direitos Fundamentais frente à sua imersão e importância na Sociedade Digital.

E mesmo diante do cenário incerto quanto ao futuro do ordenamento jurídico frente as constantes mudanças sociais-digitais, houve o fortalecimento da segurança jurídica do Direito Interno, inclusive para o melhor funcionamento do Poder Judiciário no enfrentamento das inevitáveis lacunas legislativas da temática digital tão abrangente.

Não obstante a positivação corresponda a um avanço significativo, a Sociedade Digital traz o desafio da regulamentação de vastos mecanismos a que se submetem as pessoas todos os dias, ficando comprovado que o direito fundamental mais afetado nessa realidade é o direito à

privacidade e no centro desta discussão, há variáveis sociais as quais, podem vir a ameaçar a ordem jurídica-digital, como por exemplo, o *Big Data*.

Cumpra ainda lembrar que com a imersão social na era digital e com a disponibilização de dados como moeda de troca para o fornecimento de aplicativos e redes sem a utilização de pecúnia, o próprio usuário se torna empecilho na tentativa legislativa de minimizar a exposição ilimitada de conteúdos e dados sigilosos.

Essa verdade é ainda comprovada por meio do projeto do InternetLab “Quem Defende Seus Dados?”, demonstrando por meio de números a grandeza e urgência da problemática, sob o prisma de que, possivelmente, quando se pense em uma regulamentação os danos causados aos usuários sejam imensuráveis e irretratáveis.

Neste cenário, fez-se essencial a apresentação de conceitos como *cookies* e *data minding*, para novamente adentrar a temática da ameaça a direitos já garantidos e da importância de a CF/1988 trazer agora em seu bojo o direito à proteção de dados pessoais como ponto de partida para legislações infraconstitucionais.

Retoma-se ao final o ponto chave para compreender os caminhos pelos quais será possível legislar, em resumo, a política econômica vigente no país à época, isso fica claro por meio da exemplificação quanto aos diferentes avanços legislativos que áreas como os direitos autorais e os da privacidade.

Ademais, esse comparativo evidencia o caráter social e protetivo da Constituição Cidadã, sendo medida que permite a garantia dos direitos fundamentais dentro da Sociedade Digital e de todos os ramos que ela possa englobar, facilitando a resolução de conflitos que venham surgir.

Por fim, é possível concluir que a inclusão do inciso LXXIX no rol do artigo 5º da CF/1988 se mostrou indispensável e garantidor do Estado de Direito diante dos avanços da Sociedade Digital, na manutenção e inclusão de garantias constitucionais já existentes, bem como, para servir de base legislativa para outras que no futuro – com certeza – se farão necessárias. Um pequeno inciso para o homem, uma grande garantia para a Sociedade Digital.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2023.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 21 ago. 2023.
- CARVALHO, Rafael Souza. Pirâmide Normativa de Kelsen: análise sob as Teorias Constitucionalistas de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. **Revista Norte Científico**, v. 7, n. 1, dez. 2012. p. 75-80.
- CNJ. **Controle de convencionalidade contribui para garantia de direitos humanos**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/controle-de-convencionalidade-contribui-para-garantia-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 02 set. 2023.
- DEMBCHENKO, Yuri; LAAT, Cees de; MEMBREY, Pedro. **Definindo componentes de arquitetura do ecossistema de Big Data**. Conferência Internacional sobre Tecnologias e Sistemas de Colaboração (CTS) de 2014, Minneapolis, MN, EUA, 2014.
- HUANG, Peter H. **A Lei e a Economia da Privacidade do Consumidor Versus Mineração de Dados**. Filadélfia: Universidade da Pensilvânia, 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.94041>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- INTERNETLAB. **Quem defende seus dados?** [S.l.]: InternetLab, 2022. Disponível em: <https://quemdefendeseusdados.org.br/pt/>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LESSIG, Lawrence. **Code (version 2.0)**. Nova Iorque: Basic Books, 2006.
- NETO, Mário Furlaneto; CARMOR, Júlio César Lourenço do; SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso. Cookies: vulnerabilidade do direito à privacidade nos meios digitais no âmbito da legislação brasileira. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 4, n. 4. p. 1491-1517, 2018.
- OAB. **Cartilha de Direito Digital**. Niterói: OAB, 2021. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcgclclefindmkaj/https://oabniteroi.org/wp-content/uploads/2021/10/Cartilha-Direito-Digital-Pronta.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de; SILVA, Lorena Abbas da. “É de Comer?” Cookies de Navegador e os Desafios ao Direito à Privacidade na Rede. **Revista Tecnologia e Sociedade**, Curitiba, v. 19, n. 56, abr./jun. 2023.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como Direito Fundamental I**. Revista Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protecao-dados-pessoais-direito-fundamental#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20texto,n%C2%BA%20115%2C%20de%202022\).](https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protecao-dados-pessoais-direito-fundamental#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20texto,n%C2%BA%20115%2C%20de%202022).) Acesso em: 21 ago. 2023.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 6, p. 18-20, 1966.

RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO DIGITAL E A PLENITUDE DO GOVERNO DIGITAL

Juliana Horn Machado Philippi¹

RESUMO: O presente estudo, realizado pelo método hipotético-dedutivo e mediante a técnica de pesquisa bibliográfica, visa discutir o reconhecimento do direito à inclusão digital como direito fundamental, diante da desigualdade no acesso às tecnologias da informação e comunicação (TICs) no Brasil, e da sua extrema importância para o exercício da plena cidadania pelos indivíduos. Isto porque, além do acesso às redes sociais e aplicativos de mensagens, com o acesso às TICs os cidadãos têm acesso a um leque de oportunidades e serviços, tanto no âmbito privado como no público, com as plataformas para viabilização de políticas públicas e prestação de serviços públicos no âmbito do governo digital. Assim, no primeiro momento há breve abordagem sobre as TICs e a preocupação com a exclusão digital, para então se analisar o desafio quanto à desigualdade tecnológica nas diversas esferas da Administração Pública e o acesso dos cidadãos às suas plataformas no âmbito do governo digital. Por fim, após analisar a importância da admissão do direito à inclusão digital como direito fundamental, chega-se à conclusão de que tal reconhecimento representará importante avanço, seja para buscar reduzir as desigualdades, exclusões e vulnerabilidades no Brasil, bem como para que, de fato, enfim se possa falar em verdadeira existência e efetividade do governo digital, de modo que realmente esteja à disposição de todos.

PALAVRAS-CHAVE: Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs); inclusão digital; direito fundamental; governo digital; transformação digital.

INTRODUÇÃO

Em razão do cada vez mais rápido avanço tecnológico, na esteira do que atualmente se denomina sociedade da informação e no âmbito da Quarta Revolução Industrial, entende-se que a exclusão digital impede que as pessoas de fato exerçam plenamente a cidadania. Tal empecilho é visível em razão da ubiquidade tecnológica, bem como do número cada vez maior de atividades que se pode realizar online, tanto na esfera do lazer, como também de estudos, trabalho, e na seara do próprio governo digital, com a disponibilização de serviços de modo digital e de plataformas que visam facilitar o acesso e a interação da população com a Administração Pública. Desse modo, é extremamente excludente o fato de o indivíduo estar

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Membro do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Membro da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB/PR. Membro da Comissão de Estudos de Governo Digital do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA. Advogada. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7032612845841571> E-mail: julianahorn@ufpr.br

alijado do contato e inserção dessa realidade cada vez mais digital, que é possibilitada com o acesso e domínio quanto ao uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs).

Em outras palavras, a exclusão digital é um problema, que afeta não apenas o indivíduo, mas também toda a sociedade, uma vez que auxilia no agravamento das desigualdades sociais, exclusões e vulnerabilidades, que infelizmente ainda são presentes e tão visíveis no Brasil. Além disso, a exclusão digital prejudica a plena participação dos cidadãos no governo digital, uma vez que diversos serviços já estão sendo prestados digitalmente, em especial no âmbito federal e estadual, e em suas “ilhas de excelência”. Por enquanto parece haver tímida intenção tratamento dessas desigualdades, as exemplo do que se vê na Lei do Governo Digital, na Estratégia de Governo Digital e na Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, mas que já sinalizam uma possível mudança na postura e avanço na mentalidade dos gestores públicos e legisladores.

Desse modo, em estudo realizado pelo método hipotético-dedutivo e mediante a técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho é dividido em três partes: no primeiro momento há breve abordagem sobre as TICs e a preocupação com a exclusão digital; após, há abordagem do desafio quanto à desigualdade tecnológica nas diversas esferas da Administração Pública e o acesso dos cidadãos às suas plataformas no âmbito do governo digital; por fim, reflete-se sobre os impactos da exclusão digital e a importância da admissão do direito à inclusão digital como direito fundamental. Então, chega-se à conclusão de que tal reconhecimento representará importante avanço, seja para buscar reduzir as desigualdades, exclusões e vulnerabilidades, e permitir que, se fato, se fale em transformação digital e pleno desenvolvimento do governo digital no Brasil.

1 TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TICs) E A PREOCUPAÇÃO COM A EXCLUSÃO DIGITAL

As TICs estão cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas e da sociedade, e não apenas por meio do uso de computadores e *smartphones*, mas também de dispositivos como *smartwatches*, equipamentos ligados à internet e com emprego de inteligência artificial (por exemplo: Alexa da Amazon; televisores; geladeiras e máquinas de lavar roupas), nanotecnologias, entre outros. Fala-se na Quarta Revolução Industrial, termo cunhado por Schwab (2016), com a uma internet mais ubíqua e móvel, com tecnologias como *blockchain*,

computação em nuvem, *big data*, inteligência artificial (IA),² internet das coisas (*Internet of things*, ou IoT), realidade virtual, nanotecnologias, nanomateriais, dentre outras tecnologias que fazem parte da nossa realidade atual (Stringhi, 2020, p. 118; Gabardo; Kobus, 2019, p. 492-495).

Para Schwab (2016, p. 16), “o que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos”. Quanto à fusão entre o físico e o digital, há o termo “phygital”³ (ou “figital” em português), que expressa justamente a junção das palavras físico (*physical*) e digital, funcionando a tecnologia como uma ponte entre esses dois mundos (Soloviov; Danilov; Prasad, 2020, p. 1-4). A ideia é de superação da dicotomia entre o físico e o digital, com mudanças na dinâmica entre os seres humanos, especialmente com o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação (TICs), cada vez mais ubíquas. (Sui; Shaw, 2022).

As TICs não servem apenas para recreação dos cidadãos com redes sociais e aplicativos para troca de mensagens. Existem diversas utilidades que trazem maior agilidade e segurança e decorrem desse processo de digitalização e virtualização, inegavelmente acelerado durante a pandemia do COVID-19, com realização de aulas *online*, audiências por videoconferência,⁴ e até mesmo a possibilidade a realização de atos notariais de forma remota pela plataforma do e-Notariado e com registro em *blockchain* (Philippi, 2022, p. 112-125). Sem a pretensão de esgotar o rol de possibilidades disponibilizadas aos cidadãos em meios digitais, pode-se citar também a carteira de trabalho digital, carteira nacional de habilitação digital, documentos digitais de veículos, aplicativos de bancos, realização de PIX, entre outros tantos exemplos.

² Para Freitas e Freitas (2020, p. 30), a inteligência artificial “qualifica-se pela autonomia e adaptabilidade na tomada das decisões algorítmicas, características amplificadas pela imensa capacidade de processamento e armazenamento de dados, em virtude da operação ‘inteligente’ que efetua ‘escolhas’ em processo avaliativo.”. Ainda a respeito da inteligência artificial: Aponte, Valle e Fácio (2020, p. 123-146).

³ Em 2010, a agência de marketing Momentum Worldwide concebeu a filosofia “phygital” como um modo de envolver os consumidores nos mundos físico e digital. Consiste em estratégia para otimizar os custos em campanhas de comunicação, criando conteúdos personalizados para chamar a atenção dos clientes, com análise cognitiva de marketing, que aproveita a abundância dos dados compartilhados a todo momento pelos usuários, possibilitando uma personalização do que é entregue aos consumidores. Na filosofia “phygital”, há interação entre marcas e pessoas, nesse mundo cada vez mais digital, inclusive com realidade mais digital e virtual, que permite a personalização com a fusão dos canais de comunicação e de vendas, com o auxílio da computação em nuvem, internet das coisas e inteligência artificial (Andreula, 2020, p. 13).

⁴ Além da realização de audiências por videoconferência, cabe mencionar, ainda, os próprios sistemas de processos eletrônicos, que, sem sombra de dúvidas, representaram uma positiva e inquestionável quebra de paradigmas no judiciário brasileiro. Ainda há um longo caminho a ser trilhado, a exemplo da necessidade de unificação ou então padronização desses sistemas já que existem diversos sistemas em uso pelos Tribunais, o que muitas vezes dificulta o acesso pelos advogados e a população em geral. Há, ainda, desafios quanto à proteção de dados nos sistemas de processos eletrônicos, inclusive em razão do uso de “robôs” na leitura de processos. Sobre o tema, recomenda-se a leitura: Luciani e Philippi (2021).

No entanto, apesar da larga evolução e presença da tecnologia no cotidiano das pessoas de um modo geral, sobretudo com a *internet* e os *smartphones*, há preocupação com a exclusão digital,⁵ que vai além da diferença entre as gerações e o mundo digital, e tem como nodal a indisponibilidade de acesso, seja física ou por questões financeiras, que impacta na possibilidade de os cidadãos terem acesso às tecnologias (Gonçalves; Luciani, 2020).

Em 2022, 80,02% (oitenta virgula zero dois por cento) dos domicílios brasileiros tinham acesso a *internet* e 84,5% (oitenta e quatro e meio por cento) das pessoas eram usuárias da *internet*. Salta aos olhos o fato de que quase 20% (vinte por cento) dos domicílios não possuem acesso à *internet* no Brasil, e quase 15% (quinze) por cento dos indivíduos não se consideram usuários da *internet*, sobretudo nos tempos em que vivemos, com acelerada evolução e ubiquidade tecnológica (Cetic.br, 2022).

2 GOVERNO DIGITAL: DESAFIOS QUANTO À DESIGUALDADE TECNOLÓGICA NO ÂMBITO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ACESSO DOS CIDADÃOS ÀS PLATAFORMAS DIGITAIS

Como as tecnologias mudaram substancialmente a sociedade, o Estado e o Direito devem acompanhar os anseios da sociedade, pois o Estado muda porque muda a sociedade e com eles muda o Direito, nem sempre na mesma velocidade (Valle, 2009, p. 138). E ainda, deve-se ter em mente que o Estado não deve ser visto como um empecilho para a inovação, mas sim como um impulsionador, pois ocupa papel relevante na origem de grandes empreendimentos disruptivos, assumindo riscos que dificilmente seriam encarados pela iniciativa privada. A título de exemplo, cita-se o caso de empresas como a Apple, que se utilizou de incentivos e financiamentos públicos para impulsionar suas atividades. O Estado também esteve presente no início da *internet*, que surgiu com a ARPANET na DARPA.⁶ Como destaca Mazzucato (2014, p. 31-52), o Estado tem a capacidade de estimular o “espírito animal” (de Keynes) do empresário, para inovar, posto que o investimento empresarial em pesquisa e desenvolvimento é limitado, especialmente pela falta de coragem (do que se extrai o “espírito animal” keynesiano).

⁵ Sobre a preocupação a respeito da inclusão digital, garantia de acesso e erradicação do analfabetismo digital, recomenda-se a leitura: Friedrich e Philippi (2020) e Cristóvam, Saikali e Sousa (2020).

⁶ Sobre a rede ARPANET, da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada no Departamento de Defesa dos Estados Unidos (DARPA) na década de 60, recomenda-se a leitura: Castells (2018, p. 65).

Contudo, as tecnologias da informação e comunicação (TICs) não são apenas fomentadas e impulsionadas pelo Estado, mas também podem ser utilizadas no âmbito da Administração Pública, a exemplo do governo eletrônico, do governo aberto e do governo digital. O modelo do governo eletrônico teve início no final da década de 1980 e início da década de 1990, em razão da evolução das tecnologias e popularização da *internet*. O principal traço do governo eletrônico é o uso instrumental das tecnologias, isto é, com caráter tecnológico incremental, especialmente com a intenção de aprimorar a rotina administrativa, bem como possibilitar o acesso dos cidadãos às informações (Cristóvam; Saikali; Sousa, 2020, p. 216).

Fala-se em “transformação digital” da Administração Pública, cuja evolução iniciou com o governo eletrônico, o uso dos serviços *online*, seguido pelo governo aberto, marcado pela transparência, participação e colaboração. A seu turno, o governo digital demonstra um amadurecimento tecnológico no âmbito da Administração Pública, podendo inclusive ser apontado como um sistema mais evoluído (Viana, 2021, p. 130-132) que “designa o uso das TICs como meio de contato do Estado com a população” (Kreuz; Viana, 2018, p. 275).

No âmbito da Administração Pública, fenômeno das TICs guarda forte ligação com a noção de governo eletrônico, que significa o uso de ferramentas baseadas em TICs para a execução das funções e atividades de entidades da Administração Pública (Corvalán, 2018, p. 59; Reyna; Gabardo; Santos, 2020, p. 33). Retrocedendo ao final da década de 1980 – como resultado da crise fiscal que assolou o Brasil –, houve enfraquecimento do modelo de gestão extremamente burocrático, que culminou no movimento de reforma administrativa e a inserção das TICs, num modelo de “governo eletrônico”, com uso instrumentalista das tecnologias, isto é, com caráter tecnológico incremental, especialmente com a intenção de incrementar a rotina administrativa, bem como possibilitar o acesso dos cidadãos às informações (Cristóvam; Saikali; Sousa, 2020, p. 216).

No entanto, em razão da necessidade de salvaguarda dos direitos sociais, mostra-se insuficiente o modelo de governo eletrônico, que, como dito, tem caráter incremental. Há a necessidade de uma verdadeira quebra de paradigmas, com o uso de TICs nos serviços públicos, o que leva à “noção de Governo digital a partir da utilização das TICs para o fornecimento de serviços públicos propriamente ditos, consubstanciadores de direitos sociais, estimulando e promovendo o acesso, participação e controle dos cidadãos sobre as prestações públicas” (Cristóvam; Saikali; Sousa, 2020, p. 217).

Ainda quanto à transformação digital da Administração Pública, não se pode deixar de mencionar que o governo digital “pressupõe um governo aberto, inovador e promotor da

participação dos cidadãos” (Corvalán, 2017, p. 45). A abertura dos governos não serve exclusivamente para implementação de políticas de transparência, nem da disseminação das informações públicas com dados abertos, que participam, sem sombra de dúvidas, do processo de abertura. Vai além disso, pois, além da transparência, a abertura depende da maior participação e colaboração de atores públicos e privados para melhorar a qualidade dos serviços públicos, que melhor atenda às necessidades dos governados, com um Estado eficaz e eficiente, com participação nas diversas etapas de criação e implementação das políticas públicas (Bouhadana; Gilles, 2017, p. 4-6).

No Brasil há a Lei n. 14.129/2021, a Lei do Governo Digital, com uma ampla ideia de governo digital, com distintas áreas de intervenção, como e-Administração, e-cidadão, e-serviços e e-sociedade, com transformação radical em relação ao modelo analógico. Há um “leque de ações governamentais que hão de se ver reconformadas não só quanto ao veículo propriamente (do meio de papel àquele digital), mas quanto a um modo de interação com os destinatários da Administração Pública” (Valle; Motta, 2022, p. 47).

A Lei do Governo Digital representa um grande avanço, sem sombra de dúvidas. Mas, para que efetivamente se possa falar em governo digital no Brasil, é necessário, acima de tudo, uma mudança de mentalidade, volta à inovação e com atenção à eficiência administrativa de acordo com o que se entende pelo Estado Social de Direito constitucionalmente previsto. Em outras palavras, é imprescindível que a tecnologia seja efetivamente utilizada para melhorar a qualidade e o acesso aos serviços públicos, de modo a melhor atender aos interesses dos cidadãos (Philippi, 2022, p. 71-72). Não basta a simples previsão de “princípios regras e instrumentos” de modo meramente formal, “no papel”. É necessário que, de fato, tanto a população quanto as mais diversas esferas da Administração efetivamente tenham acesso e usufruam de todas as benesses próprias da TICs, além da implementação de uma efetiva cultura digital, com conscientização de todos os atores quanto aos seus papéis na transformação digital da Administração Pública.

Merece menção a Estratégia de Governo Digital (EGD), cuja primeira fase foi promovida entre 2016 e 2019, para a digitalização dos sistemas de informação e tecnologia de serviços públicos. E a segunda fase da EGD foi estruturada em abril de 2020, com a pandemia da COVID-19, por meio do Decreto n. 10.332/2020 (alterado pelos Decretos n. 10.996/2022 e 11.260/2022), que fixou metas para o governo digital até 2022 e foi prorrogada até o fim de 2023. A intenção é a unificação dos canais digitais e a interoperabilidade entre os sistemas, com

políticas públicas e serviços acessíveis digitalmente aos cidadãos, e até o fim de 2023 oferecer digitalmente 100% dos serviços da União (Brasil, 2023; Gonçalves; Luciani, 2022, p. 5-6).

Há, ainda, a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), publicada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação em 2021, como uma resposta do Brasil ao movimento internacional de regulação da IA no âmbito da Administração Pública, e que se insere no paradigma do Governo Digital (Barboza; Ferneda; Cristóvam, 2022, p. 9). Apesar de possuir recomendações de caráter genérico, e da do tímido tratamento da exclusão digital,⁷ a EBIA “orientou, também, iniciativas de lei, em consonância com as disposições comuns em todo o mundo, em especial a necessidade de transparência de dados e informações e o bem-estar do ser humano como ponto nevrálgico das discussões sobre a temática” (Barboza; Ferneda; Cristóvam, 2022, p. 15).

No entanto, a Administração Pública pode ser considerada como um espelho da sociedade e, em um país com dimensões continentais e tantas desigualdades como o Brasil, é evidente que também existem disparidades tecnológicas no âmbito da própria Administração Pública. Valle (2021, p. 13) aponta a existência de “ilhas de excelência” na Administração Pública, a exemplo dos órgãos de controle, procuradorias e fazenda, que costumam ser mais aparelhadas tecnologicamente. Em contraponto a essas “ilhas de excelência”, estão as repartições públicas comuns, como escolas públicas e postos de saúde, que estão na ponta da prestação do serviço público e em contato direto com a população, e infelizmente não são tão priorizadas quanto à estrutura, inclusive aparato tecnológico e do próprio treinamento dos servidores para trabalharem com as TICs.

A título de exemplo, além das disparidades no acesso às tecnologias pelos cidadãos, também existe gritante diferença entre órgãos públicos federais e estaduais em face dos municipais, como se extrai dos dados da pesquisa CETIC Governo Eletrônico de 2021: 86,5% dos órgãos públicos federais e estaduais contavam com área ou departamento de tecnologia da informação; entre os órgãos públicos federais e estaduais disponibilizaram que recursos aos

⁷ A respeito da EBIA e da preocupação com a desigualdade e a exclusão digital, Barboza, Ferneda e Cristóvam (2022, p. 15) bem sintetizam: “Embora as recomendações possuam um caráter genérico, de modo a dificultar a interpretação clara e efetiva da Estratégia, seus princípios e diretrizes orientaram a formulação do projeto de lei. O cerne das preocupações e discussões relativas ao uso da IA se referem a garantia da privacidade de dados e da transparência no tratamento destes e informações por parte das tecnologias de IA, além do bem-estar do ser humano, enquanto destinatário final da tecnologia. Por outro lado, muitas das questões mais sensíveis e de especial relevo no contexto de um país que nos últimos anos tem visto aprofundar sobremaneira a desigualdade social, as situações de vulnerabilidade e exclusão, ainda parecem timidamente tratadas, a demandar não só a preocupação crítica dos mais diversos atores envolvidos nesse processo, como a atuação efetiva do Governo e do Parlamento, no sentido ampliar o debate e a participação dos mais diversos setores, a fim de se atingir as melhores soluções para problemas dessa ordem de complexidade”.

cidadãos por meio de dispositivos móveis, 47,2% foram por aplicativos criados por servidores públicos, e 31,9% por aplicativos criados por terceiros com dados cedidos pelos órgãos públicos. Já no âmbito municipal, 53,4% das Prefeituras não tinham área ou departamento de tecnologia da informação; quanto à disponibilização de recursos aos cidadãos por meio de dispositivos móveis nos Municípios, 15,9% foram por aplicativos criados por servidores públicos da própria Prefeitura, e 29,5%% por aplicativos criados por terceiros com dados cedidos pelos órgãos públicos (Cetic.br, 2021). Em pequena amostragem quanto a esses dados, dentre tantos outros coletados no âmbito da pesquisa realizada pelo CETIC em 2021, fica clara a disparidade tecnológica entre a Administração Pública federal e a estadual, em comparação com a municipal, que é muito menos aparelhada tecnologicamente.

A supracitada pesquisa trata, de modo geral, os órgãos públicos federais e estaduais, sem diferenciá-los quanto à natureza da atividade realizada, e neste curto espaço não é possível trazer todos os indicadores existentes no seu *site*. Mas o fato é que, se houvesse categorização dos dados expostos na pesquisa do CETIC, seria ainda mais fácil constatar que as ditas “ilhas de excelência” se sobressaem muito mais, ainda que contando apenas no âmbito público federal e estadual. E, como visto, existem diferenças ainda maiores quando são analisados os dados da Administração Pública municipal, ainda que sem diferenciação quanto à atividade realizada pelos órgãos que participaram da pesquisa, que certamente corroborariam para expor a diferença abissal entre as “ilhas de excelência” (especialmente no federal e no estadual) e a “administração pública ordinária”, que está diariamente em contato direto com os cidadãos.

Não obstante, se os próprios órgãos da Administração Pública muitas vezes encontram entraves para acompanhar a revolução digital e conseguir uso pleno das TICs, muitas vezes essas dificuldades também são enfrentadas por seus usuários, que, apesar de terem serviços disponíveis online, não conseguem acessá-los, seja por “analfabetismo digital”, isto é, não saber manusear um *smartphone* ou um computador, ou simplesmente por não ter acesso a tais dispositivos e à internet, ou então por falhas nas plataformas digitais. Um exemplo foi o caso do cadastramento para avaliação do cumprimento dos requisitos para recebimento do “auxílio emergencial” na pandemia do COVID-19, com o cadastramento *online* dos cidadãos e operacionalização nas plataformas digitais da Caixa Econômica Federal, mas foram noticiadas diversas dificuldades de acesso, que contradiziam com a principal finalidade da política pública do auxílio emergencial (Gonçalves; Luciani, 2022, p. 9-10).

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO DIGITAL

Como dito anteriormente, as TICs não servem mais apenas para recreação ou informação dos cidadãos, pois são importantes ferramentas de trabalho, estudo, prestação de serviços públicos, movimentação econômica, e com impactos (muitas vezes negativos, em razão da desinformação) inclusive nos resultados das eleições.⁸ Isso a título exemplificativo, porque seria impossível (e não se tem essa pretensão) listar todas as atividades que atualmente podem ser realizadas por meio ou com o auxílio das TICs. Observa-se que está em curso uma verdadeira revolução digital, com impactos no cotidiano de toda a sociedade. Então, entende-se que para que a pessoa possa exercer uma cidadania plena nos dias atuais, o acesso às TICs, especialmente à *internet* é importante para que possa se inserir na sociedade e exercer a cidadania em sua plenitude.

Devem existir direitos fundamentais para humanos digitais, com a *persona* digital em uma nova dimensão existencial, tendo em vista a magnitude dos dados, das informações e perfis traçados no ambiente virtual. (Valle; Gallo, 2020, p. 78; Moreira, 2019). Desse modo, e considerando que o direito ao acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, nos termos do art. 7º da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) (Gonçalves; Luciani, 2022, p. 13), e pode ser considerado como um direito fundamental,⁹ justamente por se inserir nas disposições necessárias para que as pessoas possam perseguir seus objetivos na realidade atual, inclusive como pertencente do mínimo existencial, como defende Hartmann (2010).

A propósito, está em trâmite a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 47/2021, de autoria da senadora Simone Tebet, aprovada pelo Plenário do Senado em 2022 e remetida à Câmara dos Deputados, para incluir inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para incluir entre os direitos fundamentais o “direito à inclusão digital, devendo o poder público promover políticas que visem ampliar o acesso à internet em todo território nacional, na forma da lei” (Senado Federal, 2022).

Reconhecida a fundamentalidade do direito à inclusão digital, seja pela doutrina ou sua expressa inclusão no texto constitucional caso aprovada a PEC n. 47/2021, o fato é que, diante

⁸ Sobre o impacto das redes sociais nas eleições: Chul-Han (2022) e Empoli (2022).

⁹ A respeito do tema, não se pode deixar de mencionar que Juan Gustavo Corvalán fala em “*derecho fundamental a relacionarse digitalmente com la Administración Pública*”. Desse modo, não basta a adaptação ao digital, de modo que deve haver a promoção do direito fundamental ao relacionamento digital com a Administração Pública, com preparação tecnológica e tecnologia inclusiva (CORVALÁN, 2017, p. 30-53). No mesmo sentido: Kreuz e Viana (2018).

da multifuncionalidade própria dos direitos fundamentais,¹⁰ é possível que os indivíduos postulem esse direito. Como visto, especialmente pelos dados das pesquisas do CETIC, apesar de terem ocorridos avanços em termos de inclusão digital nos últimos anos, ainda existem enormes desigualdade de acesso à *internet* (Friedrich; Philippi, 2020, p. 108). Desse modo, é visível a necessidade do reconhecimento da inclusão digital como direito fundamental, seja para reforçar a sua importância e a possibilidade de os cidadãos exigí-los inclusive judicialmente, bem como para que haja efetiva mudança na cultura de todas as esferas. Só assim será possível permitir verdadeiramente a inovação e o desenvolvimento de acordo com a Constituição Federal, o Estado Social e os atuais anseios e necessidades da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que efetivamente se possa falar em governo digital no Brasil, é necessário, acima de tudo, que a tecnologia seja efetivamente utilizada para melhorar a qualidade e o acesso aos serviços públicos, de modo a melhor atender aos interesses dos cidadãos e incrementar a eficiência administrativa, de acordo com o que se entende pelo Estado Social de Direito constitucionalmente previsto. Não basta a simples previsão de “princípios regras e instrumentos” de modo meramente formal, “no papel”. É necessário que, de fato, tanto a população quanto as mais diversas esferas da Administração efetivamente tenham acesso e usufruam de todas as benesses próprias da TICs, além da implementação de uma efetiva cultura digital, com conscientização de todos os atores quanto aos seus papéis na transformação digital da Administração Pública.

A exclusão digital pode escancarar e agravar a desigualdade social, além de prejudicar a participação dos cidadãos no governo digital, uma vez que diversos serviços já estão sendo prestados digitalmente, em especial no âmbito federal e estadual, e em suas “ilhas de excelência”. Por enquanto parece haver tímida intenção tratamento dessas desigualdades, as exemplo do que se vê na Lei do Governo Digital, na Estratégia de Governo Digital e na Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial, mas que já sinalizam uma possível mudança na postura e avanço na mentalidade dos gestores públicos e legisladores.

No âmbito dos direitos fundamentais, recentemente houve a positivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais, que já era reconhecido pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, tratado na Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), e

¹⁰ Sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, propõe-se a leitura: HACHEM, 2014, p. 131-133.

expressamente incluído no art. 5º da Constituição Federal (inciso LXXIX) com a Emenda Constitucional n. 115/2022. Mas, como visto, tem ganhado força a tendência ao reconhecimento também da fundamentalidade do direito à inclusão digital, inclusive com a Proposta de Emenda Constitucional n. 47/2021. A consideração da inclusão digital como direito fundamental representará importante avanço, seja para buscar reduzir as desigualdades, exclusões e vulnerabilidades no Brasil, bem como para que, de fato, enfim se possa falar em verdadeira existência e efetividade do governo digital, para que realmente esteja a disposição de todos.

Para tanto, deve haver preocupação e esforço por parte de todos os atores envolvidos no processo de transformação digital, seja tanto no âmbito da Administração Pública como da sociedade, para que haja ampla discussão e esforços para tentar resolver problemas que enxerguem também o destinatário final da tecnologia: o ser humano, que deve ter seus direitos tutelados e garantidos também em relação à atual virtualização e digitalização da sociedade e de suas mais diversas relações.

REFERÊNCIAS

- ANDREULA, Nicolò. **Phygital**: il nuovo marketing tra fisico e digitale. Milão: Ulrico Hoepli Editore, 2020.
- APONTE, William Ivan; HACHEM, Daniel Wunder. Protección de Datos y Transparencia de la Información: perspectivas para la regulación post-pandemia em uma sociedade digital desde algunas experiencias latino-americanas. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n. especial, p. 69-101, nov. 2020.
- APONTE, William Ivan Gallo; VALLE, Vivian Cristina Lima López; FÁCIO, Rafaella Natály. La Utilización de Inteligencia em la Actividad Regulatoria: una propuesta en favor del desarrollo nacional sostenible. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 39, p. 123-146, set./dez. 2020.
- BOUHADANA, Irène; GILLES, William. De l’Espirito des Gouvernements Ouverts. **International Journal of Open Governments**, v. 4, p. 1-22, 2017.
- BRASIL. **Conheça as Diretrizes da Estratégia de Governo Digital – 2020 a 2022**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020>. Acesso em: 04 mar. 2022.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 19. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz & Terra, 2018.
- CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro - TIC Governo Eletrônico 2021**. [S.l.], 2021. Disponível em: https://data.cetic.br/explore/?pesquisa_id=22. Acesso em 11 set. 2023.
- CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros - TIC Domicílios 2022**. [S.l.], 2022. Disponível em: https://data.cetic.br/explore/?pesquisa_id=1. Acesso em 11 set. 2023.
- CHUL-HAN, Byung. **Infocracia**: digitalização e a crise da democracia. Petrópolis: Vozes, 2022.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones em la era de la inteligencia artificial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, mai./ago. 2017.
- CORVALÁN, Juan Gustavo. Digital and Intelligent Public Administration: transformations in the era of artificial intelligence. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 55-87, jan./mar. 2018.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**: como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar o ódio, medo e influenciar eleições. Tradução de Arnaldo Bloch. São Paulo: Vestígio, 2022.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e Inteligência Artificial**: em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital e *blockchain* como instrumentos para o desenvolvimento econômico. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020.

GABARDO, Emerson; KOBUS, Renata Carvalho. Quarta Revolução Industrial: *Blockchain* e *Smart Contracts* como Instrumentos da Administração Pública Inteligente. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antônio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, Maria. (org.). **Control Administrativo de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

GABARDO, Emerson; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Direito à saúde e direito à proteção dos dados pessoais em tempos de pandemia. In: BELLI, Luca; DONEDA, Danilo; HARMTANN, Ivar A.; SARLET, Ingo; ZINGALES, Nicolo (org.). **Proteção de Dados na América Latina: COVID-19, democracia, inovação e regulação**. Porto Alegre: Arquipélago, 2021.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; LUCIANI, Danna Catharina Mascarello. A Inclusão Digital e os Incentivos à Inovação: o governo digital na busca pelo desenvolvimento socioeconômico. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 17, n. 2, e69673, mai./ago. 2022.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; LUCIANI, Danna Catharina Mascarello. Serviços públicos digitais de seguridade social na pandemia de COVID-19: eficiência e inclusão. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 7, n. 2, p. 207-226, jul./dez. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HARTMANN, Ivar Alberto. **Universal Access Policies and Internet Access as a Fundamental Right**: the constitutional law perspective informed by brazilian case. Trabalho apresentado no GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium, Vilnius, Lituânia, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2809234> Acesso em: 26 jun. 2023.

KREUZ, Leticia Regina Camargo; VIANA, Ana Cristina Aguilar. 4ª Revolução Industrial e Governo Digital: Exame de Experiências Implementadas no Brasil. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 5, n. 2, p. 267-286, jul./dez. 2018.

LUCIANI, Danna Catharina Mascarello; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. In: VEIGA, Fábio da Silva *et al.* (coord.). **Futurelaw**. v. 2. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR, 2021. p. 466-474.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direitos Fundamentais para Humanos Digitais**. 19/08/2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Acesso em: 26 ago. 2023.

PHILIPPI, Juliana Horn Machado. **Blockchain e Atividades Notariais e de Registro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

REYNA, Justo; GABARDO, Emerson, SANTOS, Fábio de Sousa. Electronic Government, Digital Invisibility and Fundamental Social Rights. **Sequência**, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOLOVIOV, Evgeny; DANILOV, Alexander; PRASAD, Prabhu. The Beginning of phygital world. **South Asian Journal of Engineering and Technology**, v. 10, n. 2, p. 1-4, 2020.

STRINGHI, Antonella. Asistencia virtual automatizada e inclusiva para optimizar la relación de la ciudadanía com la Administración Pública. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 117-128, jan./abr. 2020.

SUI, Daniel; SHAW, Shih-Lung. **New Human Dynamics in the Emerging Metaverse**: towards a quantum phygital approach by integratins space and place. 15th International Conference on Spatial Information Theory (COSIT 2022). Schloss Dagstuhl-Leibniz-Zentrum für Informatik, 2022. Disponível em: <https://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2022/16896/>. Acesso em: 19 ago. 2023.

VALLE, Vanice Lírio do. A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança. **Revista de Direito Administrativo**, v. 252, p. 119-140, 2009.

VALLE, Vanice Lírio do. Três axiomas para o agir administrativo fundado em novas tecnologias de informação e comunicação. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 11-28, jan./abr. 2021.

VALLE, Vanice Lírio do; MOTTA, Fabrício. Governo Digital: mapeando possíveis bloqueios institucionais à sua implantação. In: MOTTA, Fabrício; VALLE, Vanice Lírio do. **Governo Digital e a Busca por Inovação na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VALLE, Vivian Cristina Lima López; GALLO, William Ivan. Inteligência artificial e capacidades regulatórias do Estado no ambiente da administração pública digital. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 20, n. 82, p. 67-86, out./dez. 2020.

VIANA, Ana Cristina Aguilar. Transformação digital na administração pública: do governo eletrônico ao governo digital. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 8, n. 1, p. 115-136, 2021.

A SUPERAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CARÁTER ABSTENCIONISTA DO DIREITO À PRIVACIDADE NOS MEIOS DIGITAIS

Thales Donato¹

RESUMO: O presente capítulo examina as alterações conceituais do direito à privacidade ocorridas no seio da Constituição de 1988, a fim de aferir uma eventual superação do cunho meramente abstencionista do referido direito fundamental negativo. Assim, busca-se identificar o caráter conferido à faceta digital do direito à privacidade na ordem constitucional, à luz da teoria dos direitos fundamentais. Para tanto, é utilizada a forma de raciocínio dedutiva. Primeiro, se estabelece as premissas quanto às particularidades da privacidade no ordenamento brasileiro, especialmente a partir da Constituição. Após, realiza-se revisão bibliográfica sobre a problemática de interferência na esfera de dados pessoais dos cidadãos advinda na sociedade da informação. Em seguida, procede-se à revisão legislativa das gerações de lei de proteção de dados a fim de verificar as proximidades e distanciamentos da proteção de dados pessoais relativamente à categoria de direito fundamental negativo. Por fim, deduz-se a virada conceitual ocorrida na Constituição quanto à privacidade, na figura da proteção de dados pessoais, por ocasião da Emenda Constitucional 115.

PALAVRAS-CHAVE: direito à privacidade; proteção de dados; direitos fundamentais; dados pessoais; sociedade da informação.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade assentou-se no arcabouço normativo da Constituição enquanto uma das categorias jurídicas fundamentais mais dinâmicas da contemporaneidade. Em que pese seja costumeira a afirmação de que a sociedade caminha a passos mais rápidos do que o Direito, trata-se no presente artigo de um direito fundamental que certamente acompanhou o ritmo acelerado das relações sociais quanto à forma e ao conteúdo.

O percurso trilhado pelo direito à privacidade no ordenamento brasileiro relaciona-se diretamente com as expectativas e experiências da Assembleia Nacional Constituinte, responsável por consolidar um substancial rol de direitos fundamentais após mais de vinte anos (e em contraste) de um regime abertamente ditatorial. Em razão do contexto histórico, o Poder Constituinte realizou escolhas tendentes à consagração, para além da extensa relação de direitos

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Assistente de Promotoria no Ministério Público de Santa Catarina. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8375445846731256>. E-mail: thales.donato@gmail.com.

sociais e políticos previstos na Carta Magna, de liberdades individuais representantes da antítese pretendida à censura e da vigilância intrusiva do regime militar, incluso nessa seara o Direito à Privacidade.

Nada obstante, o fluxo de informações produzidas com base em dados pessoais na sociedade informatizada trouxe à tona a problemática referente ao resguardo da intimidade do indivíduo no meio digital - realidade bastante agravada pelo processamento em massa de dados, a ascensão do Big Data e possibilidades como o *profiling* dos usuários. Diante da praxe da sociedade da informação, o direito à privacidade cristalizado na forma de direito fundamental negativo desvinculado de prestações estatais não mais parece ser capaz de acompanhar o firme passo da realidade social. Assim, o presente capítulo propõe uma retomada bibliográfica da virada conceitual do direito à privacidade durante a vigência da Constituição de 1988, ressaltando suas nuances, problemáticas e alterações recentes.

Primeiro, será realizada revisão bibliográfica das bases abstencionistas do direito à privacidade, a partir de seu surgimento enquanto categoria jurídica, esclarecendo a sua posição quando da promulgação da Constituição de 1988. Após, será apresentada a problemática advinda com o intenso fluxo de dados característico da sociedade da informação, bem como as novas vestes da interferência na esfera privada do indivíduo, na figura de seus dados pessoais. Por fim, forte na evolução das leis de proteção de dados e em seus reflexos no regramento pátrio, apontar-se-ão eventuais mudanças conceituais e protetivas do direito à privacidade previsto na Constituição enquanto inserto no cenário digital, especialmente a partir da Emenda Constitucional 115.

1 A PRIVACIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL NEGATIVO

Em que pese a concepção de privacidade guarde íntima relação com bases advindas da Idade Antiga² – com contornos que a historiografia remete aos poemas homéricos, a partir da concepção de uma esfera de *oikos*³ antecedente ao âmbito da *polis* (Florenzano, 2001, p. 115) –, o direito à privacidade, em termos de figura jurídica moderna, tem comumente sua gênese

² “A distinção entre a esfera pública e a privada, que para os romanos e os gregos era clara, perde nitidez na era moderna. Para aqueles, o privado (*privus*), que não se confundia com riqueza privada, era o terreno do que era próprio ao homem, como ser jungido ao trabalho e à sobrevivência, à busca de que lhe era útil. Já o público era o âmbito do político, do encontro dos homens para o seu governo” (Ferraz Júnior, 1993, p. 441).

³ Em uma analogia simplista do termo, ao passo que se remete à *polis* a concepção moderna de cidade ou espaço público, pode-se paragonar *oikos* com o locus eminentemente privado, de privacidade típica da casa e das relações familiares (Florenzano, 2001).

atribuída ao célebre artigo “The Right to privacy” (Warren, Brandeis, 1890), elaborado em um contexto de preocupação das elites com sua esfera privada, que vinha sendo continuamente alvo de uma imprensa inédita, então munida de inovações tecnológicas, como a fotografia.

Face à hipertrofia da mídia, Samuel Warren e Louis Brandeis defendiam que a decisão de tornar determinado fato ou informação públicos, em todos os casos, deveria ser atribuída exclusivamente ao indivíduo em questão, sem que a imprensa ou terceiro pudesse fazê-lo sem seu consentimento (Warren, Brandeis, 1890, p. 199), razão pela qual associa-se essa conceituação de privacidade com o individualismo típico do Estado liberal, afinal, trata-se basicamente de uma liberdade negativa. Assim, o direito à privacidade, nos moldes inicialmente debatidos no Estado Moderno, possui contornos de direito a ser deixado só – “*right to be alone*” – (Cooley, 1888), pelo que é reputado na doutrina como paradigma *zero relationship*, em função dos marcantes traços de individualismo “exacerbado e até mesmo egoísta” (Doneda, 2021, p. 30). Pode-se dizer que essa concepção persiste relevante como faceta válida do direito à privacidade, concebida na forma de direito fundamental negativo, como é o caso dos incisos X, XI e XII do artigo 5º da Constituição de 1988⁴.

A inviolabilidade da vida privada (artigo 5º, inciso X), do asilo do indivíduo (artigo 5º, inciso XI) e do seu sigilo de comunicações (artigo 5º, inciso XII) associa-se à doutrina iluminista e jusnaturalista cuja concepção finalística do Estado consiste na realização da liberdade do cidadão (Sarlet, 2003, p. 51), tradicional produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII⁵. Segundo essa percepção, caberia ao Estado unicamente o dever de abstenção diante das liberdades individuais, razão pela qual os direitos fundamentais consubstanciam-se como direitos de defesa do cidadão face ao Leviatã. Na contemporaneidade, em que pese tenha o direito à privacidade - entendido como direito fundamental de primeira geração - adquirido nuances diante de recentes entendimentos judiciais e construções doutrinárias, ainda mais se considerado o parâmetro constitucional da dignidade da pessoa humana, majoritariamente o sentido concebido na prática aos dispositivos constitucionais atinentes à privacidade (nas

⁴ Embora não que se desconheça da distinção conceitual entre os direitos mencionados, afinal “o direito à privacidade não é propriamente um gênero do, mas tem a ver com o direito à inviolabilidade do domicílio (estar-só), da correspondência (segredo)” (Ferraz Júnior, 1993, p. 446), para os fins ora pretendidos, agrupar-se-ão essas categorias como componentes do gênero privacidade. Sobre as referidas distinções, descabidas na presente reflexão, vide Vieira (2007, p. 28-32).

⁵ “De acordo com a lógica do Estado liberal, o que estava em causa era a consagração de direitos a uma abstenção estadual, uma vez que se partia da ideia de separação entre Estado e sociedade e se considerava que a sociedade se desenvolveria tanto melhor, e os indivíduos seriam tão mais protegidos quanto menos os poderes públicos intervissem” (Silva, 2021, p. 21).

figuras da intimidade, da vida privada, do asilo e do sigilo de comunicações) guarda relação íntima com os direitos fundamentais de defesa.

Isso porque a Carta da Primavera, enquanto texto derivado de uma Assembléia Nacional Constituinte inserida em um contexto social de redemocratização, fez questão de rechaçar a repressão política até então exercida pela ditadura militar, por via da consagração de dispositivos aptos a garantir as liberdades que vinham sendo corriqueiramente cerceadas - como percebe-se do compromisso constitucional com a liberdade de expressão e de informação, bem como da vedação à censura (Schreiber, 2014, p. 185). Assim, em um primeiro momento, pode-se afirmar que a Constituição da República, desde a sua promulgação, realiza o direito à privacidade em sua faceta de direito fundamental negativo, haja vista as garantias constitucionais postas em favor do cidadão individualmente considerado, especialmente quanto à inviolabilidade de sua residência, de sua intimidade e de suas comunicações. Conforme bem leciona Ingo Sarlet (2003, p. 263-269), em se tratando de direitos fundamentais de defesa, prevalece a aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia, dado que dispõem de suficiente normatividade independentemente de concretização legislativa.

2 AS NOVAS VESTES DA PROBLEMÁTICA RELACIONADA À PRIVACIDADE

Em que pese a concepção jurídica da privacidade enquanto direito fundamental negativo permita ao particular o protesto por sua vida privada em face de abusos de direito, especialmente se perpetrados pelo ente público, o advento do amplo desenvolvimento tecnológico, a partir do século XX, pôs em xeque a privacidade dos cidadãos no meio digital. Isso porque, somado à marginalidade legal deste ambiente, desregulamentado até então, os dados pessoais do público médio adquiriram crescente relevância em termos mercadológicos, a partir de possibilidades como o *profiling*⁶ e o marketing preditivo.

As mudanças de ordem quantitativa e qualitativa no fluxo de informações⁷ transformaram o elemento “informação” no motor da economia contemporânea, do que se

⁶ *Profiling* é uma técnica de processamento automático de dados pessoais e não pessoais, que visa desenvolver conhecimento preditivo a partir de dados na forma de construção de perfis que podem, subsequentemente, ser aplicados como base para tomada de decisões (Vieira, 2019, p. 35).

⁷ “Os bits desmaterializaram a informação, permitindo a sua introdução em computadores. E, com o passar do tempo, todo tipo de informação passou a ser digitalizado, tal como o áudio e o vídeo. Isso implicou uma virada exponencial na quantidade de informações processadas [...] Para além desse progresso quantitativo, experimentou-se, também, uma mudança de ordem qualitativa no processamento de informações. A técnica binária permitiu que a informação fosse mais precisamente organizada, facilitando, em última análise, o seu próprio acesso” (Bioni, 2019, p. 7-8).

cunhou o termo *economia informacional* (Bioni, 2019, p. 11) para referir-se ao modelo econômico organizado por um sistema nervoso eletrônico (Castells, 2000). Esse fenômeno, inserto em um contexto de tecnologias com capacidade para, sistematicamente, organizar e processar dados de forma massiva, a fim de deles extrair informações, alçou os dados pessoais ao patamar de relevante *commodity*, haja vista a criação de “um novo mercado cuja base de sustentação é a sua extração e comodificação” (Bioni, p. 2019, p. 13).

Nesse contexto, a mera alegação de um vago direito a estar sozinho não mais salvaguardaria o cidadão em face do dinamismo da emergente *world wide web* e das novas modelagens do setor econômico, razão pela qual a conotação relacionada ao conceito de privacidade veio a alterar-se largamente quando da passagem ao Estado Social (Doneda, 2021, p. 33). A disciplina da proteção de dados pessoais surgiu da necessidade de operacionalização da privacidade em um contexto de sociedade da informação, como freio ao ímpeto mercadológico de coleta e processamento massificado de dados. Assim, a insuficiência do direito à privacidade enquanto direito fundamental meramente abstencionista para fins de resguardo das informações do cidadão no meio digital e globalizado, haja vista a hipervulnerabilidade característica do usuário nesse cenário⁸, levou à constatação de que o esforço estatal seria indispensável para a satisfação da esfera privada do usuário.

A cristalização do empenho estatal em proteger ativamente a privacidade dos cidadãos tomou forma na promulgação das leis que compõem as chamadas gerações legislativas de proteção de dados, as quais culminaram, em última análise, na sistemática protetiva recentemente implementada no ordenamento pátrio.

3 AS GERAÇÕES DE LEIS PROTETIVAS: DO INFRACONSTITUCIONAL À CONSTITUIÇÃO

As linhas gerais supra enunciadas, no tocante à substituição das premissas individualistas do direito à privacidade por concepções mais elaboradas no contexto de sociedade de informação, são adequadamente ilustradas no mundo da vida pela dinâmica das gerações de leis de proteção de dados.

⁸ Bioni (2019, p. 209-210) identifica o cidadão, no contexto de mercado informacional, como “hipervulnerável”, na medida em que haveria uma sobreposição de fraquezas: a sua vulnerabilidade enquanto consumidor seria agravada por assimetrias de ordem informacional, técnica e econômica, típicas do mercado digital de informações.

As primeiras iniciativas legislativas quanto à proteção de dados pessoais, segundo Mayer-Schönberger (1997, p. 219-241), surgiram na década de 1970, dentre as quais pode-se citar a *Hessisches Datenschutzgesetz*, a *Datalog* (1973) e o *Privacy Act* (1974). Em breve definição, as primeiras leis de proteção de dados foram lavradas como uma resposta ao surgimento do processamento eletrônico de dados no seio de governos e grandes corporações, e tratavam-se de verdadeiras tentativas de combate aos planos de bancos de dados nacionais centralizados (Mayer-Schonberger, 1997, p. 221). Assim, as normas protetivas de primeira geração não enfatizaram a proteção da privacidade individual, em função de proporem-se a regular um cenário “no qual centros de tratamento de dados, de grande porte, concentrariam a coleta e a gestão dos dados pessoais” (Doneda, 2021, p. 180), e não tardaram a tornarem-se obsoletas, por não acompanharem a dinâmica de crescimento dos bancos de dados e grandes centros computacionais.

Promulgada a partir de meados dos anos 1970, a segunda geração legislativa de proteção de dados teve por mérito enfatizar o direito individual de privacidade, afastando-se da concepção de que a problemática residiria nos *centralized national data banks*. Dado que grande parte do processamento de dados, nesse contexto, viria a ser efetivado de modo difuso por milhares de computadores dispersos, a solução apontada pela legislação foi que os cidadãos “lutassem pela privacidade por si próprios, com o auxílio de direitos individuais constitucionalmente assegurados” (Mayer-Schonberger, 1997, p. 226).

A visão de tutela esboçada durante essa geração legislativa parece guardar íntima relação com a concepção de privacidade enquanto direito fundamental negativo, afinal trata-se de dever basicamente abstencionista por parte do ente estatal - o núcleo duro da legislação reside no consentimento do usuário que, em determinados casos, foi alçado à condição de requisito inafastável para processamento de dados. A título de exemplo, a positivação da privacidade informacional em âmbito Constitucional em ordenamentos como o espanhol (artigo 18, § 4, da Constitución Española de 1978) e o português (artigo 35 da Constituição Portuguesa de 1976), delegou aos cidadãos o poder decisório acerca dos usos que seriam conferidos aos seus dados pessoais.

Muito embora a segunda geração de leis de proteção de dados tenha expandido a oponibilidade do direito à privacidade dos usuários, acabou por demonstrar as limitações de um dever fundamental meramente negativo em um cenário de sociedade informacional. Ainda que os cidadãos pudessem em tese exercer a sua liberdade individual de interromper o fluxo de

informações ou recusar o processamento de determinados dados, isso simplesmente implicaria na cessação de determinado serviço digital.

Como resposta ao cerceamento da privacidade do usuário pelas condicionantes inerentes aos serviços digitais, a terceira geração de leis de proteção de dados, moldada pelo conceito paradigmático de autodeterminação informativa⁹, incorporou diversas garantias ao regime dos particulares, como a voz durante a fase de coleta, armazenamento, processamento e transmissão de informações (Mayer-Schonberger, 1997, p. 231). Todavia, ainda que com vistas a fomentar a figura do indivíduo autodeterminado a nível informacional, manteve-se a participação do cidadão como a mola propulsora da estrutura estatal de proteção de dados (Doneda, 2021, p. 183). É dizer: A garantia da proteção de dados do usuário, ou de sua privacidade digital, encontraria guarida unicamente na própria oposição de sua liberdade negativa diante de eventuais intromissões, sem maiores interferências do Estado para além da garantia procedimental.

Além de problemas relacionados aos custos econômicos e sociais advindos da recusa à transmissão, armazenamento ou processamento de dados por parte do usuário, o próprio paradigma do consentimento encontrou sua fronteira nas “limitações cognitivas do titular dos dados pessoais para avaliar os custos e benefícios envolvidos quanto aos seus direitos de personalidade” e nas situações em que não “há uma real liberdade de escolha do titular (circunstâncias ‘take it or leave it’)” (Mendes; Fonseca, 2021, p. 78).

Visando a mitigação da problemática advinda do protagonismo individual na tutela de dados pessoais, as leis de quarta geração atentaram à necessidade de uma proteção mais rígida em determinadas situações, disseminando o modelo de aplicação das leis de proteção de dados pessoais por via de autoridades independentes, assim como propondo alterações legislativas com mérito de retirar do indivíduo o poder de decisão acerca o processamento de determinadas espécies de dados pessoais, como os sensíveis (Bioni, 2019, p. 117).

Em síntese, considerando que os dados pessoais carecem de proteção ativa diante da hipervulnerabilidade do usuário frente ao mercado informacional, bem como que aspectos extremamente significativos da proteção de dados pessoais, como o seu tratamento, são “difícilmente passíveis de serem acompanhados de forma eficaz pelo cidadão” (Doneda, 2021, p. 321), buscou-se reduzir o papel da decisão individual de autodeterminação informativa. Com

⁹ A autodeterminação informacional traduz a concepção de que “a capacidade do indivíduo de autodeterminar seus dados pessoais seria parcela fundamental do seu direito em livremente desenvolver sua personalidade” (Bioni, 2019, p. 103). Nos termos de Bioni (ibidem), o julgado do Tribunal Constitucional Alemão responsável por operacionalizar esse conceito seria paradigmático justamente por estabelecer um direito autônomo da personalidade relativo à proteção de dados pessoais.

isso, percebe-se que a dinâmica de rupturas e continuidades das alterações legislativas em âmbito global no que se refere à proteção de dados pessoais caminhou no sentido de retirar das pessoas físicas as atribuições de defesa de suas informações no cenário digital, garantindo-se a proteção da privacidade online dos usuários por via de prestações estatais, exercidas por uma autoridade independente.

No cenário pátrio, a cristalização desse debate ocorreu quando da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados¹⁰. Malgrado seja possível dizer que o consentimento não deixou de ser o seu vetor principal da proteção de dados, típico de uma concepção protetiva individualista, visto que a LGPD pormenoriza o elemento advindo da autonomia da vontade ao longo do texto legal - o que acaba por revelar “uma forte preocupação, mais uma vez, sobre qual deve ser a carga participativa do indivíduo no fluxo de suas informações pessoais” (Bioni, 2019, p. 185) - o diploma apresentou definições mais claras quanto às obrigações do controlador e, de maneira inovadora, foi responsável pela criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Ao passo em que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi crescentemente regulamentada e consolidada em âmbito nacional, por via de portarias de seu Conselho Diretor, forte nas competências definidas no rol do artigo 55-J da Lei 13.709/19, ganhou espaço a convicção de que a garantia do Direito à Privacidade em âmbito digital somente poderia efetivar-se por meio de um esforço eminentemente estatal, a ser transcrito à prática por meio da atuação regulatória da então inovadora ANPD.

Após a intensificação do debate acerca dos moldes da proteção de dados a ser realizada em âmbito brasileiro - isto é, após iniciar a vigência e colher-se as primeiras impressões da Lei 13.709/18 -, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 115, continuidade dessa mesma discussão, cujo teor acresceu três aspectos, que à época já “caíam de maduro”¹¹ ao texto constitucional. São eles o acréscimo (i) do inciso LXXIX ao artigo 5º da Constituição Federal, a fim de consagrar dentre o rol dos direitos fundamentais, o “direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”; (ii) do inciso XXVI ao art. 21 da Constituição, inserindo dentre as competências da União a competência para “organizar e fiscalizar a proteção e o

¹⁰ Em que pese já fosse visível o ímpeto do legislador pátrio em tutelar a temática anteriormente ao advento da referida legislação, seja por via da consagração do Habeas Data a nível constitucional, seja mediante a promulgação de diplomas normativos como o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Acesso à Informação.

¹¹ Isso porque, mesmo antes da consagração constitucional, a existência de um direito fundamental à proteção de dados pessoais já era tema relativamente pacífico no âmbito acadêmico, como leciona Sarlet (2020, p. 185): “Há, pois, como aderir ao entendimento – hoje consagrado na literatura jurídica brasileira – de que, mediante uma leitura harmônica e sistemática do texto constitucional, a CF consagrou um direito fundamental implicitamente positivado à proteção de dados pessoais”.

tratamento de dados pessoais, nos termos da lei”; (iii) do inciso XXX ao art. 22 para fornecer a competência privativa da União para legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”¹².

As duas primeiras alterações são especialmente relevantes para o amadurecimento de uma concepção prestacional do direito fundamental à privacidade, na figura do direito à proteção de dados. Primeiro, há o expresse reconhecimento de um direito autônomo à proteção de dados pessoais, independente do direito à privacidade - o que há muito já se debatia na doutrina. Vale a ressalva de que a independência jurídica entre os respectivos direitos fundamentais não significa o encerramento da vinculação conceitual, histórica e doutrinária entre as disciplinas da privacidade e da proteção de dados que, em última análise, foi responsável pelo surgimento e desenvolvimento da segunda¹³ - razão pela qual sustenta-se que a proteção de dados pessoais significa a continuidade, por meios digitais, do direito à privacidade. Segundamente, ao tempo em que se reconheceu expressamente um direito autônomo à proteção de dados, fez-se questão de erguê-lo à égide do dever prestacional do Estado - isto é, a inserção da fiscalização e organização da disciplina dentre o rol de competências executivas da União atrela a tutela de dados pessoais à prestação estatal, não mais deixando o cidadão à própria sorte quanto ao resguardo de sua privacidade no meio digital.

Assim, infere-se que a Emenda Constitucional 115 representou a consolidação do reconhecimento estatal de que o direito à privacidade, na sua figura contemporânea da proteção de dados pessoais, não basta ao cidadão em sua faceta negativa. Isso porque “mesmo os direitos fundamentais ‘clássicos’, ou de primeira geração, não dependem apenas de uma mera abstenção estatal, como até aí se dizia, antes implicam também a colaboração do Estado para a sua realização” (Silva, 2021, p. 22). Nesse sentido, partilha-se da perspectiva de Vasco Pereira da Silva (2021), ao passo que perante os direitos fundamentais, seja de primeira, segunda ou terceira geração, não há de se falar em aspecto absoluto de sua dimensão - tratam-se de realidades estruturalmente idênticas, que possuem tanto uma dimensão positiva quanto negativa, com maior ou menor grau a depender de sua natureza jurídica, contexto histórico e circunstâncias do governo.

Deste modo, a afirmação de que a proteção de dados pessoais se insere no rol de deveres estatais não significa a desnaturação dessa faceta do direito à privacidade (digital) enquanto

¹² Sobre o aspecto de competência para legislar, Martins (2022, p. 13) ressalta que “era incontroverso que a União tinha competência para disciplinar o acesso privado de dados. A única utilidade da Emenda foi atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal a dados.

¹³ A disciplina da proteção de dados pessoais surgiu da necessidade de operacionalização da privacidade, motivo pelo qual ambas partilham de pressupostos ontológicos similares: a proteção de dados seria “continuação por outros meios”, ou um “desdobramento” da proteção à privacidade (Doneda, 2021, p. 44).

direito fundamental de primeira geração. O ponto de virada essencial consiste, isso sim, na assunção da tarefa positiva estatal no que tange ao asseguramento deste direito. Após 35 anos de Constituição, a vertente prestadora do Estado brasileiro parece ter sido valorizada no que se refere ao direito à privacidade, em detrimento de sua dimensão negativa. Respeitada a relevância do aludido direito fundamental negativo em um contexto de redemocratização, especialmente após os abusos de direito perpetrados durante a ditadura militar, é motivo de celebração a constatação de que a ordem constitucional, no que tange à privacidade (ou à proteção de dados pessoais), para além de coibir a repressão historicamente conhecida, também voltou seus esforços à consagração positiva do direito do cidadão, com vistas à construção de um Estado verdadeiramente social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das reflexões apresentadas, pretendeu-se apresentar o trajeto percorrido pelo texto constitucional - ainda que desenvolvido largamente a nível infraconstitucional - no que tange ao caráter conferido à privacidade (digital) enquanto direito fundamental. Como desdobramento da privacidade, viu-se que a proteção de dados possuiu ênfases diversas ao longo das gerações legislativas que promoveram a sua normatização. Partindo de uma centralidade concedida ao indivíduo quanto à oposição de sua liberdade negativa, verificou-se que os moldes últimos conferidos a tal direito possuem caráter prestacional, a partir da instauração de Autoridades estatais aptas a garantir e fiscalizar relevantes facetas do mencionado direito e da retirada de determinadas categorias de dados da órbita de oposição meramente individual. Por fim, foi possível inferir que o caráter da privacidade em âmbito nacional alterou-se em larga medida, tendo vistas à tutela dos dados pessoais dos cidadãos por meio do empenho estatal.

Acredita-se que a assunção do dever estatal de atuação positiva para a tutela da privacidade dos usuários no meio digital é uma conquista relevante da ordem constitucional brasileira que, após 35 anos da promulgação da Constituição de 1988, ressaltou o caráter prestacional do Estado no que se refere à proteção de dados. Merece atenção o ímpeto constitucional, ainda presente na contemporaneidade, de construção de um Estado apto a salvaguardar ativamente a esfera privada dos cidadãos em face das problemáticas dinâmicas apresentadas pela sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts**. Chicago: Callaghan, 1880.
- FERRARIS, Valeria; BOSCO, Francesca; CAFIERO, G.; D'ANGELO, Elena; SULOYEVA, Y. **Working paper: defining profiling**. Turim: UNICRI, 2013.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 88, p. 439-459, 1993.
- FLORENZANO, Maria Beatriz Borba. Polis, e Oikos, o público e o privado na Grécia antiga. **Coletâneas do Nosso Tempo**, v. 5, n. 4-5, p. 113-118, 2001.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 645-658, set./dez. 2022.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor. Generational development of data protection in Europe. In: AGRE, Philip; ROTENBERG, Marc. (orgs.). **Technology and privacy: the new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997. p. 219-242.
- MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização. In: BIONI, Bruno *et al.* (org.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 73-95.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 14, n. 42, p. 179-218, 2020.
- SCHREIBER, Anderson. Direito à privacidade no Brasil: avanços e retrocessos em 25 anos de Constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlim; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 183-201.
- SILVA, Vasco Pereira da. O verde é uma das cores do Direito Constitucional. In: BUHRING, Marcia Andrea (coord.). **Direito do Ambiente: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva**. Lisboa: ICJP; CIDP, 2021.

VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Minas Gerais, 2019.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação (Mestrado), Universidade de Brasília, 2007.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, 1890.

DIREITO À ABERTURA DE DADOS, AO ACESSO À INFORMAÇÃO E À TRANSPARÊNCIA PÚBLICA: UMA LEITURA DA CRFB/1988 APÓS 35 ANOS DE TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS

André Afonso Tavares¹

RESUMO: O presente trabalho busca exercer função hermenêutica atualizadora do texto constitucional relacionado ao direito à abertura de dados, de acesso à informação e à transparência pública 35 anos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB em 1988. O problema de pesquisa consiste em refletir qual seria a interpretação atualizada do artigo 5º, inciso XXXIII da CRFB/1988, considerando as transformações tecnológicas experimentadas pela Administração Pública desde 1988 até hoje. O objetivo geral da pesquisa consistiu em realizar uma atualização hermenêutica, em especial, do artigo 5º, inciso XXXIII, da CRFB/1988, levando-se em conta as transformações tecnológicas experimentadas desde 1988 até hoje. Enquanto objetivos específicos, os quais correspondem aos três grandes tópicos deste trabalho, busca-se, inicialmente, esclarecer a diferença entre acesso à informação e transparência pública, a partir da ideia de comunicação. Após, intenta-se abordar o direito à abertura de dados a partir do texto constitucional e no contexto da intensificação da digitalização da Administração Pública. E, por fim, realiza-se investigação acerca do regime jurídico das chamadas APIs e da interoperabilidade de natureza pública. Utiliza-se do método dedutivo e como abordagem metodológica a pesquisa bibliográfica e consulta às fontes legislativas. Enquanto conclusão principal, tem-se que o direito à abertura de dados encontra amparo no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição de 1988, na medida em que o termo “informações” deve abranger também o acesso aos dados primários em formato aberto. Essa interpretação ampara-se na própria regulamentação dada pela Lei de Acesso à Informação e coaduna-se com a promoção da cidadania e da ampla publicidade, além de se manter atualizada tanto com as transformações tecnológicas quanto às necessidades advindas do fenômeno da digitalização governamental.

PALAVRAS-CHAVE: abertura de dados; acesso à informação; *Application Programming Interface* - API; interoperabilidade; transparência pública.

INTRODUÇÃO

Nunca foi tão fundamental e atual se abordar a questão da transparência pública. O acesso à informação e a transparência são elementos intrínsecos a qualquer Estado que se

¹ Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC. Mestre em Direito. Especialista em Direito Público e em Auditoria Governamental. MBA em Ciência de Dados. Graduado em Direito, em Ciências Contábeis e em Engenharia de Software. Advogado. Bolsista do Programa UNIEDU/Estado de Santa Catarina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4796837975465187>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9549-8096> E-mail: afonsotavares.andre@gmail.com

intitule de Direito, Republicano e Democrático². A Constituição Brasileira, desde 1988, garante, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, o direito de acesso à informação. A regulamentação desse dispositivo, aproximadamente vinte e três anos mais tarde, deu-se pela Lei de Acesso à Informação- LAI (Lei 12.527/2011), a qual estabeleceu diretrizes, deveres e direitos para a divulgação de informações públicas. Registra-se, ainda, que o dever de publicizar as informações públicas, os dados primários e de promover a transparência no âmbito da Administração Pública decorre também do princípio geral da publicidade, expresso no artigo 37, *caput*, da CRFB/1988.

Observa-se, por outro lado, que o dever de observar as obrigações previstas na Lei de Acesso à Informação se estende não somente a entidades e órgãos da Administração pública direta ou indireta, mas também a entidades de natureza jurídica privada que, de forma direta ou indireta, custodiam ou administram dado ou informação de natureza pública, na forma translúcida do artigo 2º, da LAI, bem como do artigo 5º do Decreto n. 7.724/2012, que a regulamenta³.

Esse ponto é importante ser ressaltado justamente porque, no Estado brasileiro, o chamado terceiro setor intensificou a sua participação na prestação de serviços públicos. Consoante Bitencourt e Reck (2022, p. 107), “[...] foram observados crescimento da assunção de serviços públicos por entidades de direito privado e a criação de figuras regidas por direito privado especializadas na realização de atividades antes tidas como públicas”. Como consequência, aumentou-se as informações e dados de natureza pública que passaram a ser a custodiadas e gerenciadas em sistemas de informação fora da estrutura da Administração Pública direta ou indireta.

Ao lado disso, a intensificação da digitalização da Administração Pública tem revolucionado a maneira como a informação é produzida, armazenada e acessada. Isto é, as transformações tecnológicas das últimas décadas introduziram novos desafios e oportunidades na maneira como entendemos o acesso à informação e a transparência, o que passou a incluir também o acesso aos chamados dados abertos. Neste trabalho, examinar-se-á como a evolução tecnológica impactou esses institutos e como eles se relacionam com a legislação atual.

² Sobre essa relação entre transparência e democracia, tem-se que “sem democracia, a informação pública torna-se uma mera aparência. Finge-se que se sabe ou sabe-se aquilo que não é verdadeiro. O acesso à informação é um resultado da nossa forma democrática e republicana de governo, garantida na CF/1988. [...] É bom que se diga que a transparência possui uma identidade notória com a democracia. Quando se está a falar desta, em algum momento, tem-se que se discursar sobre aquela. Seria a democracia, assim, o principal fundamento político da transparência” (Heinen, 2014, p. 14-15).

³ Acerca da discussão quanto à aplicabilidade da LAI às entidades do terceiro setor, sugere-se a leitura de: Bitencourt e Reck (2022).

Salienta-se, por oportuno, que a busca por comunicação, obtida, sobretudo, a partir da adoção de uma linguagem acessível e simplificada que torne as informações compreensíveis à sociedade em geral certamente continua a representar um dos maiores entraves à transparência pública.

Concomitante a esse desafio, os chamados dados abertos têm desempenhado um papel central na promoção da transparência. O conceito de dados abertos envolve a disponibilização de informações governamentais em formatos acessíveis e reutilizáveis. Isso não apenas permite que os cidadãos tenham acesso às informações, mas também fomenta a inovação e a participação cívica. Nesse horizonte, o desenvolvimento das chamadas APIs (*Application Programming Interfaces*) desempenham papel crucial na disponibilização de informações governamentais de maneira interoperável, acessível e eficiente. Elas permitem que desenvolvedores criem aplicativos e serviços que consomem dados diretamente dos sistemas governamentais. Isso não apenas facilita o acesso, mas também promove a inovação no setor público.

Fica claro que o momento atual de transformações tecnológicas cada vez mais disruptivas tem exigido do operador do Direito maior exercício hermenêutico atualizador. Por isso, entende-se que o presente texto traz importante reflexão para essa compreensão do direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Carta Magna brasileira, passados 35 anos de sua promulgação. No primeiro tópico, almejar-se-á esclarecer a diferença entre acesso à informação e transparência pública, a partir da ideia de comunicação. Após, será realizada uma leitura jurídica do direito à abertura de dados a partir do texto constitucional e no contexto da intensificação da digitalização da Administração Pública. No terceiro e último tópico, buscar-se-á, ainda que sumariamente, investigar o regime jurídico das chamadas APIs e da interoperabilidade de natureza pública. O desenvolvimento da pesquisa se apoia no método dedutivo e como abordagem metodológica a pesquisa bibliográfica e consulta às fontes legislativas.

1 ACESSO À INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA PÚBLICA: DIFERENCIAR PARA COMPREENDER E, ENTÃO, AVANÇAR⁴

A transparência pública é sabidamente essencial ao Estado Democrático de Direito. Não à toa que foi elevada ao *status* de normal fundamental pelo legislador constituinte brasileiro em 1988. É a partir dela que se viabiliza o conhecimento pela sociedade em geral daquilo que ocorre nos meandros do Estado e da Administração Pública. Sem transparência, não há efetivamente democracia, tampouco se exerce a cidadania, na medida em que não se viabiliza qualquer possibilidade material de participação ou controle acerca dos atos e fatos da Administração.

Registra-se que o mero acesso à informação não resulta necessariamente em transparência, no sentido que aqui será trabalhado. Por isso, faz-se necessária desde já a distinção conceitual e prática desses dois conceitos. O acesso à informação refere-se, sobretudo, à possibilidade de qualquer cidadão obter acesso a determinada informação ou documento produzido pela Administração Pública em sentido amplo, seja por meio de canais físicos ou digitais, tais como os portais governamentais oficiais, seja por meio da realização de solicitação. Na primeira, diz-se que o acesso à informação ocorre na forma ativa, porquanto disponibilizada pelo Poder Público de ofício, sem necessidade de provocação; na segunda, a forma passiva, é necessário requerimento para consumir o seu acesso. Em ambos os casos, o interessado tem seu direito de acesso à informação atendido, porém não necessariamente se cumpriu com a transparência, uma vez que para tanto se necessita a verificação da existência de determinados atributos adicionais.

A transparência perpassa, portanto, além da disponibilização da informação, pela intenção comunicativa, que, por sua vez, envolve os aspectos de compreensibilidade, objetividade e responsabilidade. Esse é o conceito constitucionalizado de transparência lido a partir dos princípios da moralidade, participação e igualdade. Portanto, além do acesso, para que haja transparência, a informação repassada à sociedade em geral deve ser adaptada para um padrão comunicativo que a torne compreensível ao público que se destina (Bitencourt; Reck, 2018).

Além disso, conforme ressalta Salgado (2020, p. 131), apesar das determinações previstas em lei quanto às informações que devem ser disponibilizadas nos portais digitais de

⁴ Na temática da transparência e do acesso à informação no contexto da Lei de Governo Digital, bem como enquanto referência para elaboração do presente tópico, sugere-se a leitura do trabalho: Tavares, Bitencourt e Cristóvam (2021).

forma ativa pela Administração Pública, muito se verifica o seu descumprimento por órgãos públicos, em razão de dados desatualizados ou links inoperantes ou inexistentes.

Com esse mesmo sentido, Homercher (2011, p. 386-387) pontua que o direito a ser informado deve abranger uma dimensão qualitativa, em que “a informação prestada seja apta a ser compreendida pelo receptor”. É que, no Estado Democrático de Direito, a comunicação entre Estado e cidadão deve consistir em um processo de inclusão que vise à compreensão.

Um exemplo que pode servir à melhor ilustração de como o acesso à informação pode não contemplar o atributo da comunicação, e, desse modo, não concretizar a ideia ou o compromisso com a transparência pública, é o presente na Lei de Acesso à Informação, seu artigo 8º e parágrafos, que determina a disponibilização, de forma ativa pelos entes públicos, entre outras informações, dos registros referentes às despesas públicas. Nessa exigência, tem-se percebido que os entes públicos, que assim estejam obrigados, em cumprimento ao seu dever de disponibilizar essa e outras informações, limitam-se a trazer a público os dados técnicos constantes em seus bancos de dados informatizados, sem qualquer preocupação com adaptação linguística que vise a sua compreensão pela sociedade, em afronta àquilo que dispõe o mesmo artigo, em seu §3º, inciso I, parte final, no tocante à linguagem de fácil compreensão.

Desse modo, embora largamente denominados portais de transparência, de maneira geral, levando em consideração a diferenciação aqui exposta, não passam de portais de acesso à informação técnica, uma vez que não produzem a necessária comunicação. Feita essa diferenciação, pretende-se a partir do próximo tópico se adentrar na temática da abertura ou acesso a dados de natureza pública (ou simplesmente dados abertos), instituto que compõe a tríade da publicidade na Administração Pública.

2 O DIREITO À ABERTURA DE DADOS SOB À LUZ DA CRFB DE 1988 E DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO - LAI⁵

Os dados abertos são ingredientes fundamentais para a promoção da inovação, pois possibilitam o desenvolvimento de uma ampla gama de soluções, desde ferramentas voltadas ao exercício da cidadania, tal como o controle social digital, ao melhoramento dos serviços públicos, ao aperfeiçoamento de políticas públicas baseadas em dados e evidências e também ao surgimento de novos serviços privados. Um exemplo desses novos serviços privados é o

⁵ Acerca da conformação jurídica do pedido e do procedimento de provocação de abertura de base dados, o qual, inclusive, utiliza-se para o desenvolvimento do presente tópico, sugere-se a leitura de: Tavares, Bitencourt e Cristóvam (2022).

desenvolvimento de aplicativos de transporte, tal como o *app Citymapper*, que utiliza de dados abertos em tempo real sobre ônibus, trens e metrô, para indicar, com qualidade e precisão, os horários de partida, tempo de chegada ao destino e outras informações aos usuários.

Observa-se, entretanto, que os conceitos teóricos de *dado* e de *informação* não devem ser confundidos. Dado pode ser entendido como “sequência de símbolos ou valores, representados em algum meio, produzidos como resultado de um processo natural ou artificial” (artigo 2º, I da Instrução Normativa n. 4, de 2012). Assim, dados sintetizam eventos e podem ser representados por um número, uma palavra, uma frase, uma foto ou um documento etc. Diferencia-se, portanto, do conceito de informação, a qual representa o “conjunto de dados organizados de tal forma que tenham valor ou significado em algum contexto” (artigo 2º, II da Instrução Normativa n. 4, de 2012).

Ocorre que a cultura de abertura de dados no Brasil ainda é recente, sendo que, no âmbito municipal, há diversas resistências quanto à legalidade dessa solicitação, sob fundamentos diversos, bem como acarretam em morosidade à utilização desses dados, quando não disponibilizados de ofício pela Administração Pública municipal. Destaca-se que, na esfera federal, já existe, desde 2016, a partir do Decreto n. 8.777, que instituiu a Política de Dados Abertos - PDA do Poder Executivo federal, expressa regulamentação acerca da possibilidade de os interessados solicitarem abertura de bases de dados ainda não disponíveis.

O presente trabalho defende que a base jurídico-constitucional da solicitação de abertura de dados decorre do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição de 1988, de forma a considerar o termo “informações” como também abrangendo o acesso aos dados em formato aberto. Essa interpretação coaduna-se com a promoção da cidadania e da ampla publicidade, além de se manter atualizada tanto com as transformações tecnológicas quanto às necessidades advindas do fenômeno da digitalização governamental.

Entretanto, considerando-se o princípio da legalidade administrativa em que estão adstritos os agentes públicos, ressalta-se que, além da previsão constitucional, a Lei de Acesso à Informação - LAI, prevê, em seu artigo 8º, §§ 2º e 3º, o dever da Administração Pública, em suas plataformas de governo na internet, possibilitar, de forma ativa, no que se refere às informações contidas no parágrafo 1º do mesmo artigo, entre outras obrigações, tanto o acesso aos dados abertos (art. 8º, §3º, inciso II), quanto o acesso automatizado por sistemas externos de forma aberto, estruturado e legível por máquina (art. 8º, §3º, inciso III).

Além disso, a LAI preceitua em seu artigo 10, a possibilidade de, quanto aquelas informações não disponibilizadas ativamente, sejam solicitadas por meio de pedido de acesso

provocado, às quais, não sendo possível o acesso imediato, deverão ser disponibilizadas no prazo de 20 (vinte) dias, passível de uma única prorrogação, desde que justificado por escrito, por mais 10 (dez) dias, conforme artigo 11, parágrafos 1º e 2º.

Aqui há uma questão central a ser observada. A LAI não fez a diferenciação entre solicitação de abertura de base de dados e acesso à informação propriamente dita, de forma que ambos são possíveis a partir do artigo 10 da LAI, tendo em vista que o texto legal traz, enquanto definição legal de informação, em seu artigo 4º, inciso I, conceito que abrange tanto os dados processados quanto os dados brutos contidos nas bases de dados dos entes públicos.

Os dados processados nada mais são que a utilização dos dados brutos que resultam em alguma informação, enquanto os dados brutos são aqueles dados primários⁶ constantes nas bases de dados da Administração Pública e são normalmente disponibilizados nos *datasets* na prática de Governo Aberto. Dessa maneira, quando a LAI faz menção ao acesso à informação na forma provocada ou passiva, ela também se refere ao acesso a base de dados provocada, isto é, a abertura da base de dados, considerando a definição dada no seu artigo 4º, inciso I.

Portanto, verifica-se que os dados abertos de determinado ente público podem estar disponíveis na internet, basicamente, por meio de duas formas distintas: ou de ofício ou por provocação. De ofício ou de forma ativa, é quando o ente público se antecipa e disponibiliza determinados *datasets* em suas plataformas digitais. Por provocação ou de forma passiva, seria quando essa disponibilização ocorre após a solicitação por determinado interessado, com fundamento nos artigos 10 e 11 da LAI.

Na União, o procedimento de abertura provocada se encontra melhor regulamentado no artigo 6º do Decreto n. 8.777, de 2016 (Política de Dados Abertos), que diz que às solicitações de abertura de bases de dados da administração pública federal aplicam-se os prazos e os procedimentos previstos para o processamento de pedidos de acesso à informação, nos termos da Lei nº 12.527, de 2011. Além disso, mais recentemente, esse procedimento também foi positivado na Lei de Governo Digital, mais especificamente no seu artigo 30, ao prescrever que qualquer interessado poderá apresentar pedido de abertura de bases de dados da administração pública, que deverá conter os dados de contato do requerente e a especificação da base de dados requerida.

Quanto aos demais entes, com ênfase na análise dos Municípios, tem-se deparado com negativas de abertura de dados provocada, sob fundamento de que não há previsão legal para

⁶ Neste sentido: “Art. 4º [...] IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações” (Brasil, 2011).

que o município disponibilize passivamente os *datasets* completos solicitados, devendo o interessado utilizar os chamados “portais de transparência” de cada ente, a partir dos filtros e seleções, para obter o acesso desejado. Contudo, o argumento de inexistência de base legal deriva de uma análise superficial dos dispositivos legais que envolvem o acesso à informação e aos dados, na forma da Lei de Acesso à Informação, a qual obriga todos os entes públicos. Isto é, a não adoção dos comandos da Lei de Governo Digital em nada obsta a possibilidade do pedido de abertura de base de dados aos Estados ou aos Municípios não adotantes. Isso porque o espírito normativo e o fundamento legal que informa o procedimento de pedido de abertura de base de dados está, como visto, no âmbito infraconstitucional, na própria Lei de Acesso à Informação, que trouxe, nos seus artigos 10 e 11, o procedimento de acesso à informação e de dados na forma passiva.

Destaca-se que as bases de dados podem conter, por vezes, a mistura de dados com naturezas diversas. Para tanto, é preciso tomar certas precauções, tais como, quando necessário, o procedimento de anonimização. A esse respeito, cumpre salientar que a Administração Pública deve ser “suficientemente aberta e transparente com seus dados, informações e conhecimento [...] mas não a ponto de extrapolar os limites da privacidade do cidadão e expor dados pessoais” (Cristóvam; Hahn, 2020, p. 8).

O direito à obtenção dos dados em formato aberto está, além disso, fundamentado no artigo 7º da LAI, que estabelece que o acesso à informação compreende, em outros, o direito de obter “informação primária, íntegra, autêntica e atualizada” (inciso IV), sendo que, por definição legal, considera-se primária a “qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações” (artigo 4º, inciso IX). Na verdade, ao se referir à informação primária, a norma quis se referir aos dados brutos, e, por conseguinte, na possibilidade do requerimento de abertura das bases de dados.

3 A INTEROPERABILIDADE NO SETOR PÚBLICO E A IMPORTÂNCIA DAS DE APIS

Ao lado dos dados abertos, encontra-se o instituto da interoperabilidade. Entretanto, o conceito interoperabilidade não pode ser confundido com o de dados abertos ou abertura de dados. Embora possam ser atributos que se relacionem e, no setor público, em regra, devem ser promovidos, tratam de características distintas.

Conforme descrito por Tavares e Bitencourt (2022, p. 149), enquanto a interoperabilidade possibilita a interação dos dados presentes em sistemas de diferentes órgãos, entidades ou esferas de poder, a abertura permite a disponibilização dos dados públicos para que sejam manuseados e processados por usuários internos e externos à estrutura administrativa. Assim, a abertura não implica necessariamente em interoperabilidade, embora seja possível o armazenamento posterior desses dados em outro banco a fim de possibilitar a interoperabilidade. Porém, a interoperabilidade ideal resulta da interação direta com a fonte original dos dados, a fim evitar justamente essa replicação de dados e criação desnecessária de novas bases de dados pelos usuários.

A interoperabilidade é um problema complexo e quando suas diretrizes não são aplicadas surgem problemas como duplicidade de informações e perda de integridade de serviços digitais. Devido às características próprias e restrições de recursos, estes problemas se agravam ainda mais nos países em desenvolvimento como o Brasil. Desta forma, o objetivo geral desta dissertação é propor um método para aplicação de diretrizes de interoperabilidade do padrão e-PING em portais de governo eletrônico brasileiro.

No âmbito do Governo Federal, a interoperabilidade está definida no documento chamado Arquitetura de Padrões de Interoperabilidade, ou ePing, instituída pela Portaria n. 92, em 24 de dezembro de 2014, pela então Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão do Poder Executivo Federal, a qual buscou estabelecer um “conjunto mínimo de premissas, políticas e especificações técnicas que regulamentam a utilização da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) na interoperabilidade de serviços de Governo Eletrônico”, conforme seu artigo 1º.

Observa-se, além disso, que, segundo o artigo 2º, da mesma Portaria, a arquitetura ePing deve ser observada pelos órgãos e integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (SISP) no planejamento da contratação, aquisição e atualização de sistemas e equipamentos de TIC. Quanto aos demais entes da federação, incluindo as entidades de sua administração indireta, a adesão ao padrão ePing deve ser feita por ato próprio, ou seja, não é obrigatória.

O Documento de Referência, em termos de Padrões de Interoperabilidade (ou ePING), possui sua última versão em 2018, sendo confeccionado pelo Departamento de Governo Digital, da Secretaria da Tecnologia da Informação e Comunicação, vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, órgão do Poder Executivo Federal. O documento trata das dimensões de interoperabilidade, porém só menciona as seguintes: técnica, semântica

e organizacional. A dimensão legal, portanto, não foi tratada no documento. Isso se deve ao fato de que para que haja a dimensão legal, faz-se necessária a emissão de atos normativos próprios ou aprovação de legislação que determine a interoperabilidade no setor público, situação que, até a publicação da Lei de Governo Digital, em 29 de março de 2021, não existia, pelo menos de forma generalizada e aplicável a todos. Percebe-se, assim, parcial desatualização do referido Documento de Referência, que deve incluir a dimensão legal em sua próxima versão.

No Brasil, a Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021, conhecida como Lei do Governo Digital, trouxe, enquanto uma de suas diretrizes, consoante artigo 3º, inciso XIV, a interoperabilidade de sistemas e a promoção de dados abertos. Dispôs, ainda, em seu artigo 20, §2º, que as funcionalidades das plataformas de Governo Digital deverão “observar padrões de interoperabilidade e a necessidade de integração de dados como formas de simplificação e de eficiência nos processos e no atendimento aos usuários”.

Além disso, a Lei de Governo Digital, quanto à prestação digital dos serviços públicos, buscou consagrar, na forma do seu artigo 24, inciso IV, princípio conhecido como *Only-once*, isto é, que busca evitar, por meio da interoperabilidade, a repetição de “exigências desnecessárias ao usuário quanto à apresentação de informações e de documentos comprobatórios prescindíveis”.

Já os artigos 38 a 41 desse mesmo Diploma Legal buscam detalhar, ainda mais, a interoperabilidade de dados entre órgãos públicos. O artigo 38 destaca a necessidade das ferramentas digitais considerarem: a interoperabilidade de informações e de dados sob gestão dos órgãos e das entidades, respeitados as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e das comunicações, as limitações tecnológicas e a relação custo-benefício da interoperabilidade; a otimização de custos de acesso a dados e o reaproveitamento, sempre que possível, de recursos de infraestrutura de acesso a dados por múltiplos órgãos e entidades; e a proteção de dados pessoais, observada a legislação vigente, especialmente a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

O artigo 39 traz as finalidades do mecanismo de interoperabilidade, sendo essas: aprimorar a gestão de políticas públicas; aumentar a confiabilidade dos cadastros de cidadãos existentes na administração pública, por meio de mecanismos de manutenção da integridade e da segurança da informação no tratamento das bases de dados, tornando-as devidamente qualificadas e consistentes; viabilizar a criação de meios unificados de identificação do cidadão para a prestação de serviços públicos; facilitar a interoperabilidade de dados entre os órgãos de

governo; e realizar o tratamento de informações das bases de dados a partir do número de inscrição do cidadão no CPF, tendo em conta o artigo 11 da Lei 13.444, de 11 de maio de 2017, que dispõe acerca da Identificação Civil Nacional (ICN).

Deve-se levar em consideração acerca da interoperabilidade, no âmbito do Governo Federal, também o Decreto n. 10.046, de 09 de outubro de 2019, que “dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados”. O Decreto trata, em artigo 4º, dos níveis de compartilhamento de dados entre órgãos e as entidades, sendo de três níveis, de acordo com sua confidencialidade: a) *de compartilhamento amplo*: dados que não estão sujeitos a nenhuma restrição de acesso, cuja divulgação deve ser pública e garantida a qualquer interessado; b) *de compartilhamento restrito*: dados protegidos por sigilo, sendo possível, entretanto, a concessão de acesso a todos os órgãos e entidades para a execução de políticas públicas; c) *de compartilhamento específico*: dados protegidos por sigilo, sendo possível, nesse caso, a concessão somente a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei.

A interoperabilidade, no contexto do processo de determinada política pública, é fundamental em todas as suas etapas, pois permite que diferentes órgãos e entidades públicos tenham a possibilidade de compartilhar dados e informações em cada uma de suas esferas e setores de atuação e assim contribuir desde o planejamento até a avaliação, evitando repetição de coleta de dados ou mesmo produzindo melhores insights a partir das trocas de dados ou aplicação das tecnologias de inteligência artificial e/ou ciência de dados.

Na prática, uma das formas de operar esse acesso compartilhado de informações e dados é por meio das chamadas Interface de Programa de Aplicativos (do inglês, *Application Programming Interface - API*). As APIs, no cenário tecnológico, é uma ferramenta cada vez mais em ascensão, pois permite a integração e compartilhamento de informação entre diferentes sistemas, de origens diferentes ou não, para que estes interajam e resultem em produtos específicos de acordo com a necessidade ou objetivo desejado. Por exemplo, em se tratando de acesso à informação pública, o uso de API permite que usuários obtenham dados provenientes de um determinado Ente Público sem precisar acessar diretamente um tradicional Portal de Transparência, exigido pela Lei de Acesso à Informação, mas podem utilizar programas que se conectam diretamente às máquinas desse Portal de Transparência e selecionar os dados desejados, a fim de realizar visualizações, análises ou compartilhamentos específicos.

No âmbito do governo federal, foi disponibilizada uma API para acesso de dados do Portal de Transparência, sendo de livre utilização, nos termos estabelecidos pelo Decreto n. 8.777, de 11 de maio de 2016, que regulamentou a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal. O acesso a API se dá mediante autenticação pelo cidadão ou o usuário interessado pela conta do Gov.br, sendo enviada uma chave para utilização da ferramenta no respectivo e-mail cadastrado.

Atualmente, estão disponíveis consultas, via API do Portal de Transparência do Governo Federal, às seguintes bases de dados: Bolsa Família, Auxílio-Emergencial, Benefício de Prestação Continuada - BPC, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti), Garantia-Safra, Seguro Defeso, Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF), Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), Contratos do Poder Executivo Federal, Convênios do Poder Executivo Federal, Coronavírus, Despesas Públicas, Entidades Privadas sem Fins Lucrativos Impedidas (CEPIM), Emendas Parlamentares, Gastos por meio de cartão pagamento, Imóveis Funcionais, Acordos de Leniência, Licitações do Poder Executivo Federal, Notas Fiscais Eletrônicas do Poder Executivo Federal, Servidores do Poder Executivo Federal, Viagens a Serviço e Órgãos.

O Tesouro Nacional também disponibiliza API relativa ao Portal de Custos do Governo Federal, na qual está disponível consultas às seguintes bases: pessoal ativo, depreciação, transferência, pessoal inativo, pensionista e demais custos. Diferentemente da API do Portal de Transparência, em que há necessidade de autenticação para acesso à chave da API, nessa não há necessidade de identificação do usuário nem de remuneração pelo uso do serviço; deve-se apenas obedecer às orientações de uso para evitar o bloqueio do serviço. Os dados são entregues em formato JSON e, por padrão, as consultas retornam 250 itens por página.

Outras diversas APIs estão relacionadas no Catálogo de APIs Governamentais, o qual é gerenciado pelo serviço denominado *Conecta gov.br*, cujo objetivo é facilitar a disponibilização e o consumo de dados, por meio de APIS, e promover a interoperabilidade de dados entre os órgãos da Administração Pública Federal. Entretanto, nem todas as APIs disponibilizadas são de uso gratuito pelo cidadão. Esse é o caso, por exemplo, da API Consulta Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), que permite a consulta para obtenção dos dados cadastrais de empresas e afins. A utilização gratuita está restrita para os Órgãos do Poder Executivo Federal que façam adesão ao contrato centralizado da Secretaria de Governo Digital.

Destaca-se que a base de dados do CNPJ é pública e se encontra aberta para download por qualquer interessado no sítio da Receita Federal. Contudo, a consulta via API tem

facilidades que o próprio Governo Federal reconhece e busca estimular, que vão desde a visualização, análise até o cruzamento desses dados com outras bases para diversas finalidades. Entretanto, para o cidadão, a utilização da API CNPJ se encontra disponível apenas por meio de consulta paga, por meio de serviço prestado mediante contratação com a empresa pública federal Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados.

Entende-se essa restrição à utilização da API CNPJ pelo Governo Federal contrária, além de outras normativas, o expresse comando dado pelo art. 4º do Decreto n. 10.046/2019, o qual dispõe que sendo o nível de compartilhamento amplo, os dados não estão sujeitos a nenhuma restrição de acesso, devendo-se divulgação se dar de forma pública e garantida a qualquer interessado. Além disso, há violação legal quanto à interoperabilidade definida pela Lei de Governo Digital, posto que prejudicado eventual cruzamento de dados relativos das empresas com as bases de dados, por exemplo, de recebimento de recursos públicos via convênios, delegações de serviços públicos, licitações e contratos administrativos por meio do exercício do controle social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à abertura de dados encontra amparo no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição de 1988, na medida em que o termo “informações” deve abranger também o acesso aos dados primários em formato aberto. Essa interpretação ampara-se na própria regulamentação dada pela Lei de Acesso à Informação e coaduna-se com a promoção da cidadania e da ampla publicidade, além de se manter atualizada tanto com as transformações tecnológicas quanto às necessidades advindas do fenômeno da digitalização governamental.

A crescente adoção de algoritmos no setor público tem implicações profundas em áreas como previsão de crimes, alocação de recursos, seleção de candidatos a empregos públicos, administração de benefícios sociais, bem como planejamento, execução e avaliação de políticas públicas. Embora essas tecnologias prometam maior efetividade, eficiência e eficácia, também trazem consigo o risco de perpetuar vieses, discriminação e opacidade nas decisões governamentais. Portanto, a transparência algorítmica é crucial para garantir que o uso desses sistemas seja justo e ético.

A utilização de algoritmos em processos governamentais levanta questões importantes sobre a transparência, especial, a chamada transparência algorítmica. Decisões automatizadas,

como aquelas relacionadas a licitações públicas ou até mesmo decisões judiciais, podem ser opacas e difíceis de serem compreendidas pelo público em geral.

Ao lado da explicabilidade dos algoritmos, a implementação da transparência algorítmica no setor público envolve a proteção de informações sensíveis, como dados pessoais. Além disso, a complexidade técnica dos algoritmos pode tornar a divulgação completa uma tarefa desafiadora. Por isso, é fundamental encontrar um equilíbrio entre a divulgação de informações e a proteção de dados sensíveis.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) estabelece princípios para o tratamento de dados, incluindo a transparência. No entanto, ainda há um longo caminho a percorrer para garantir a transparência algorítmica em todos os níveis de governo. Veja-se que não há incompatibilidade entre a abertura de dados e a proteção de dados pessoais, uma vez que os dados abertos compreendem apenas dados de natureza pública, assim definidos em lei.

A abertura de dados, o acesso à informação e a transparência são valores fundamentais da democracia brasileira. A evolução tecnológica trouxe novas formas de alcançar esses objetivos, desde a divulgação de dados abertos até o uso de APIs e algoritmos. No entanto, é essencial que essa transformação seja acompanhada por regulamentações sólidas e fiscalização rigorosa, bem como que pesquisadores, juristas e legisladores trabalhem juntos para garantir que os dados abertos, a transparência e o acesso à informação não sejam comprometidos, ao tempo que se mantém a integridade e a privacidade dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Aplicabilidade da Lei de Acesso à Informação as entidades do terceiro setor: razões, limites e possibilidades. *In: ZOCKUN, Mauricio; GABARDO, Emerson (coords.). Direito administrativo e inovação: crises e soluções*. Curitiba: Íthala, 2022.
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do Rio Grande do Sul. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 23, p. 126-153, 2018.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração pública orientada por dados: governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. **Rev. de Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 6, n. 1, p. 1-24, jan./jun. 2020.
- HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Acesso à Informação: Lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- HOMERCHER, Evandro. O princípio da transparência e a compreensão da informação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 100, p. 375-391, jul./set. 2011.
- SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação: Lei 12.527/2011**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A lei do governo digital no Brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 26, n. 3, p. 788-814, set. 2021.
- TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Solicitação de abertura de base de dados perante a Administração pública municipal: uma análise a partir dos seus parâmetros técnicos e fundamentos normativos constitucionais e infraconstitucionais. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2022, v. 14, n. 26, p. 18-40, jan./jul., 2022.

DEMOCRACIA E REVISÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGOS ENTRE CANADÁ E BRASIL¹

Luísa Tramarin Hoffmann²

Miriam Cohen³

RESUMO: Este trabalho pretende analisar as discussões contemporâneas a respeito do poder atribuído às cortes constitucionais de revisar, alterar ou até mesmo invalidar legislações, sobremaneira no que tange à preocupação de que essa forma de atuação possa comprometer a legitimidade da democracia e o respeito ao sistema representativo. A pesquisa se deu com enfoque nos ordenamentos jurídicos brasileiro e canadense e a atuação de suas respectivas cortes constitucionais, Supremo Tribunal Federal (STF) e *Supreme Court of Canada* (SCC), de modo a expor e compreender, a partir do método comparatista de abordagem e revisão bibliográfica, os principais argumentos e críticas formuladas por diferentes setores da sociedade jurídica e política em ambos os países, com enfoque no argumento democrático e na revisão de igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional; controle judicial; direito à igualdade.

INTRODUÇÃO

O presente capítulo busca investigar as interconexões entre os sistemas constitucionais canadense e brasileiro sob o ponto de vista do fortalecimento do Poder Judiciário no constitucionalismo de pós-guerra. A abordagem se dá, mais especificamente, no que tange à discussão a respeito dos limites do controle judicial de normas jurídicas por parte de cortes de jurisdição constitucional, sob o pretexto de adequação da legislação aos preceitos constitucionais.

Essa discussão tem estado especialmente em voga no Brasil, cujos últimos acontecimentos políticos demonstram a revolta de uma parcela da população com a atuação intervencionista do Supremo Tribunal Federal, que se intensificou após a Constituição Federal

¹ O presente estudo foi realizado no durante estágio de pesquisa na *Chaire de recherche du Canada sur les droits humains et la justice réparatrice internationale* e no *Laboratoire sur les droits humains et justice internationale*, na Université de Montréal, sob supervisão da Prof^a Dr^a Miriam Cohen, a quem se registra os mais sinceros agradecimentos.

² Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1058146643617893>. E-mail: luisathoffmann@gmail.com.

³ Doutora em Direito Internacional Público pela Leiden University. Mestre em direito pela Harvard Law School e Cambridge University. Professora e Titular da Cátedra de pesquisa *Chaire de recherche du Canada sur les droits humains et la justice réparatrice internationale*, na *Université de Montreal*. Advogada e mediadora. A autora registra o agradecimento pelo apoio de pesquisa ao Programa de Chaires *Chaire de recherche du Canada do Conseil de recherche en sciences humaines du Canada*. E-mail: miriam.cohen@umontreal.ca.

de 1988. De forma semelhante, também a Suprema Corte do Canadá, nas últimas décadas, vem evoluindo a sua jurisprudência no âmbito dos direitos fundamentais desde a promulgação da *Charter of Rights and Freedoms*, em 1982.

Pretende-se, a partir de revisão bibliográfica doutrinária, coletar, reunir e comparar os principais argumentos tecidos por diferentes setores políticos e jurídicos nas sociedades canadense e brasileira a respeito dos limites e potencialidades da atuação intervencionista de cortes de jurisdição constitucional, buscando compreender as nuances dessa forma de atuação, especialmente sob o ponto de vista da preocupação com o sistema democrático representativo.

Utilizou-se, dessa forma, o método comparatista de investigação, na medida em que se optou por abordar a temática sob o ponto de vista de dois diferentes ordenamentos jurídicos, a fim de expandir a visão sobre a temática e compreender fenômenos que se repetem e se assemelham em sistemas jurídicos democráticos contemporâneos.

1 SISTEMAS CONSTITUCIONAIS DO CANADÁ E DO BRASIL

Ao final da Segunda Guerra Mundial, houve uma tendência mundial de elaboração de normativas em matéria de direitos humanos, que passaram a construir um novo panorama de aperfeiçoamento do direito internacional. Esse movimento foi fortemente marcado por declarações, convenções e documentos expedidos pela Organização das Nações Unidas logo após a Segunda Guerra Mundial (em especial, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948) e por sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como a Convenção Europeia de Direitos do Homem, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Organização das Nações Unidas, 1948; Organização dos Estados Americanos, 1969; União Africana, 1981; União Europeia, 1950).

Inserida nesse contexto, a adoção de constituições e legislações infraconstitucionais com maior valorização à dignidade da pessoa humana e à isonomia foi uma dinâmica observada em diversos países do mundo (Barroso, 2018) – incluindo o Brasil, em 1988, e o Canadá, em 1982. Os novos textos constitucionais buscaram incorporar ao direito interno as disposições de declarações e convenções internacionais no tocante à salvaguarda de direitos humanos, sejam eles individuais, sociais, políticos ou difusos.

Junto a esse novo modelo de direito internacional, pode-se dizer que o direito constitucional também foi intensamente reformulado. A Constituição passa a ter um papel central nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Trata-se de fenômeno denominado de

constitucionalismo do pós-guerra ou neoconstitucionalismo. Nesse sentido, o direito deixa de exercer o mero papel de conservação do *status quo* e passa a obter um papel de promoção de avanços sociais (Barroso, 2005).

Além dessa mudança dogmática, sobrevieram importantes mudanças institucionais, relacionadas à criação de tribunais constitucionais e a expansão dos papéis do Poder Judiciário. Construiu-se o entendimento de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No presente capítulo, serão abordadas, de forma sintética, as principais características e peculiaridades dos respectivos sistemas constitucionais do Brasil e do Canadá na atualidade, com especial foco na discussão sobre a expansão de atuação de suas cortes supremas.

1.1 A CONSTITUIÇÃO DO CANADÁ

A Constituição canadense inclui o Ato Constitucional de 1867 e o Ato Constitucional de 1982. Pode-se dizer que um dos mais essenciais documentos jurídicos para se compreender o sistema constitucional canadense é o Ato Constitucional de 1867, responsável por disciplinar o funcionamento das instituições canadenses e definir a separação de poderes dentro da federação.

Aqui, cumpre salientar uma primeira distinção importante entre o Brasil e o Canadá, que se apresenta na própria estrutura governamental e estatal de cada país. Enquanto o Brasil é uma república presidencialista federativa, o Canadá é uma monarquia parlamentarista federativa, integrante da *Commonwealth*, possuindo o Rei Charles III como Chefe de Estado. No Parlamento canadense, é exercido o poder legislativo, enquanto o poder judiciário é exercido pelas cortes e tribunais, incluindo a Suprema Corte do Canadá (SCC). Nesse sentido, o princípio da supremacia do parlamento possui um importante papel histórico no direito canadense (Tidridge, 2010).

A segunda das principais diferenças entre o Canadá e o Brasil, em termos jurídicos, repousa no fato de que, enquanto o Brasil segue a tradição romano-germânica, com a adoção de um modelo civilista e legalista de sistema jurídico (*civil law*), o Canadá se insere no sistema jurídico denominado de *common law* (adotado majoritariamente em países de origem anglo-saxônica, como a Inglaterra e os Estados Unidos), cujos sustentáculos são, principalmente, os precedentes judiciais, os costumes e os princípios jurídicos. A exceção se dá na província de

Quebec, a qual, fortemente influenciada pela colonização francesa, optou pela manutenção do sistema *civil law* em seu ordenamento jurídico provincial (Gaudreault, 2006).

Evidentemente, nenhum dos dois sistemas se apresenta em cada país de forma completamente “pura”, de modo que, por óbvio, o Canadá recebe grande influência da *civil law* - a exemplo disso, vale ressaltar que o país possui um Código Criminal no modelo napoleônico. Da mesma forma, o sistema jurídico brasileiro apresenta fortes traços oriundos da *common law* (Costa; Martins, 2021).

Note-se que o sistema jurídico canadense possui uma peculiaridade: o bijuralismo. A origem do país, marcada por guerras de poder travadas entre seus colonizadores, Reino Unido e França, levou à construção de uma nação habituada com a convivência entre culturas profundamente diferentes (Gaudreault, 2006).

Após a promulgação do Ato Constitucional de 1982 - que deu origem à *Charter of Rights and Freedoms* ou “Carta de Direitos e Liberdades” (Canadá, 1982), ocorreram importantes mudanças no sistema constitucional canadense. A referida normativa conferiu ao Canadá maior independência do Reino Unido, estabeleceu o procedimento para emenda constitucional e consolidou a supremacia da Constituição escrita⁴ (Tidridge, 2010).

Enquanto o Ato Constitucional de 1867 versa sobre a estrutura do governo e das instituições canadenses, o Ato Constitucional de 1982 trata sobre os direitos dos indivíduos e comunidades, podendo-se traçar um paralelo com os direitos individuais e sociais listados nos incisos dos arts. 5º e 7º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

1.2 SUPREME COURT OF CANADA

Tanto no Canadá, quanto no Brasil, a tutela de direitos e garantias fundamentais não ocorre inteiramente por intermédio de previsões explícitas na respectiva Constituição do país. Ainda que o Brasil adote a tradição romano-germânica da *civil law*, as decisões judiciais, em ambos os países, vêm desempenhando, historicamente, um importante papel para a proteção de direitos e liberdades.

⁴ O Ato Constitucional de 1982 definiu que a Constituição canadense compõe-se das seguintes normas: (i) o Ato Constitucional de 1867 (até então chamado de Ato da América do Norte Britânica); (ii) o Ato do Canadá de 1982 (que contém o próprio Ato Constitucional de 1982, cuja primeira parte consubstancia-se na *Charter of Rights and Freedoms*); (iii) um rol de diversos estatutos e normas, editados entre 1867 e 1982, declarados pelo Ato de 1982 como possuidores de dignidade constitucional e, por fim, (iv) todas as futuras emendas apostas às normas constitucionais mencionadas nos itens anteriores.

No Canadá, isso se torna particularmente evidente, considerando que a maioria dos mais importantes direitos e garantias civis do ordenamento jurídico canadense foram criações da *common law* e seu sistema de precedentes, a exemplo de remédios constitucionais como o *habeas corpus* e o princípio da presunção da inocência. Ademais, outros direitos atualmente positivados na *Charter of Rights and Freedoms* já eram reconhecidos e respeitados como importantes princípios constitucionais mesmo antes de 1982, tais como a liberdade de expressão e de religião (Sharpe; Roach, 2013).

A *Supreme Court of Canada* situa-se no topo da hierarquia judiciária do país. Todos os seus juízes são nomeados pelo Governador Geral e devem ter sido juízes de um tribunal superior ou ter sido membros, com pelo menos dez anos de atividade, da ordem de advogados de uma província ou território canadense, conforme dispõe o artigo 2º da seção 4 do *Supreme Court Act* (1985).

É possível traçar um paralelo entre a *Supreme Court of Canada* e o Supremo Tribunal Federal, na medida em que ambos funcionam como corte constitucional, isto é, que ostentam o papel de salvaguarda das normas e valores constitucionais escritos e não escritos, além de representarem a última possibilidade de impugnação judicial para os litigantes e de suas decisões, na prática, vincularem os demais órgãos julgadores.

Por ser a mais alta corte judiciária, a doutrina *common law* de precedentes e *stare decisis* faz com que as decisões da *Supreme Court of Canada* sejam vinculantes em relação às demais cortes canadenses. Por conseguinte, a Corte acaba por exercer um considerável *law-making power*, tanto em matéria constitucional, quanto não-constitucional, relativizando o importante princípio da supremacia parlamentar (Roach, 2007).

O fenômeno de expansão do poder de intervenção da *Supreme Court of Canada* não foi determinado diretamente e explicitamente pela *Charter*, mas foi observado na prática judicial pós-1982. Em uma interpretação sistemática da *Charter*, esse fenômeno pode ser atribuído, conjuntamente: (i) à cláusula de supremacia (seção 52) que prevê que a Constituição a suprema lei do Canadá, e qualquer lei que seja inconsistente a ela é, na extensão de sua inconsistência, desprovida de força e eficácia e (ii) à Seção 24 (1) da *Charter*, o qual preceitua que qualquer pessoa cujos direitos e liberdades tenham sido infligidos ou negados podem recorrer à Corte com competência e jurisdição para tanto a fim de obter o remédio julgado apropriado. Esses dois dispositivos levaram à legitimação — ao menos formal — do poder de revisão judicial por parte da corte, na medida em que expande o alcance das questões sociais e políticas sujeitas à sua jurisdição (Manfredi, 2001).

Decisões em diversas questões públicas de grande relevância, que se submetiam à autoridade exclusiva do parlamento e das legislaturas provinciais, passaram a se tornar objeto de revisão judicial. Desse modo, as cortes canadenses agora desempenham um papel central na tomada de decisões a respeito de como a lei deve lidar com problemas controversos como o aborto, o discurso de ódio e o tratamento às minorias sociais (Sharpe; Roach, 2013).

Com isso, a *Charter* exerceu um profundo impacto no papel do Poder Judiciário. As cortes passaram a deter o poder de lidar com questões que ultrapassam o que seria tradicionalmente considerado apropriado para a função judicial antes de 1982. Roach e Sharpe (2013) anotam que, antes do Ato Constitucional de 1982, para a maioria dos canadenses, a *Supreme Court* era uma instituição que tinha pouco ou nenhum impacto real em suas vidas. Nos dias de hoje, a Corte é reconhecida pelo povo canadense como um lugar de grande poder e influência, tornando-se a instituição para a qual os cidadãos se dirigem para requerer a proteção de seus direitos e liberdades fundamentais, e cujas decisões são amplamente noticiadas.

Tal como ocorre com a *Supreme Court of Canada*, a atuação do STF tem sido alvo de críticas por parte de juristas, atores políticos e membros da sociedade civil, sendo sustentada a intervenção excessiva do Poder Judiciário e sua ilegitimidade para invalidar, alterar ou expandir a interpretação de determinada lei promulgada após o devido processo legislativo democrático. Decisões proferidas pelo STF vêm, mais do que nunca, sendo noticiadas pela grande mídia e debatidas não apenas por juristas, mas por toda a sociedade (Trindade, 2022).

O STF foi se tornando, verdadeiramente, um intérprete da Constituição e um importante ator político (bem como os demais tribunais superiores) (Garau *et al.*, 2013). Com as diversas reformas processuais aprovadas ao longo da década de 1990 e, especialmente, após a aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, diversificaram-se os mecanismos utilizados para o controle de constitucionalidade, bem como aumentou-se o número de leis federais invalidadas (Koerner, 2013).

Assim, a decisão final de importantes questões envolvendo o embate de direitos constitucionais é transferida do legislativo ao juízo valorativo do julgador, “tornando-se menos definida a fronteira entre legislação e jurisdição, entre política e direito” (Barroso, 2015, p. 31).

2 AS CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL NO CANADÁ E NO BRASIL

A revisão judicial de atos normativos indica o ponto do (inevitável) encontro entre direito e política. Todavia, ao desrespeitar o limite entre esses dois campos distintos do saber,

o magistrado ou tribunal “produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos” (Koerner, 2013, p. 72).

Desde a sua origem, a expressão “ativismo judicial” tem sido crescentemente usada para se referir à atuação positiva e criativa do órgão julgador, por meio do controle de constitucionalidade e dos demais mecanismos de freios e contrapesos delegados ao Poder Judiciário, de modo a ir além da mera aplicação e interpretação restrita do texto da lei (Kmiec, 2004). Essa última forma de atuação, se exacerbada, é definida como “contenção judicial”, modelo típico do Estado de Direito liberal pré-intervencionista, e se contrapõe ao ativismo (Koerner, 2013).

Nesse sentido, os autores canadenses Roach e Sharpe (2013) explicam, sinteticamente, que o termo “ativismo judicial” é mais comumente utilizado como uma forma de criticar uma corte por determinada decisão cujo conteúdo teria ultrapassado o papel judicial legitimado pelo ordenamento jurídico.

Keenan Kmiec (2004) aborda alguns temas relacionados a esse fenômeno: o movimento de invalidação (seja total ou parcial) de atos normativos e/ou políticas governamentais por inconstitucionalidade; a não observação dos precedentes judiciais; a criação de normas e princípios pelo Poder Judiciário, por exemplo, por meio da expansão do alcance de determinada previsão legislativa, e a tomada de decisão orientada para a obtenção de resultados pré-eleitos pelo órgão julgador, a partir de critérios não apenas técnico-jurídicos, mas também políticos e morais.

Ante a complexidade das situações jurídicas levadas às cortes constitucionais, torna-se uma tarefa complexa distinguir uma intervenção jurisdicional demasiadamente criativa – a ponto de se configurar um “ativismo” – de uma revisão judicial conforme as prerrogativas jurisdicionais legitimamente atribuídas pelo ordenamento jurídico, enquanto parte do mecanismo de freios e contrapesos.

Com efeito, o fenômeno de invalidação, por parte do órgão judicial, de atos normativos criados por representantes do povo democraticamente eleitos, foi alcunhado pela doutrina constitucional como “dificuldade contramajoritária” (Bickel, 1986).

No âmbito do Canadá, uma das mais influentes críticas se dá no sentido de que os tribunais canadenses teriam criado uma espécie de “*Court Party*” (“partido da corte”), visto que, após a *Charter*, adquiriram muita liberdade para impor seus próprios pontos de vista, além de conceder uma desproporcional influência política a grupos de interesse (Roach, 2007, p. 72).

Nesse sentido, críticos alegam que esses grupos vêm utilizando os poderes da Corte para fazer suas pautas e políticas serem concretizadas pela via judicial, haja vista que não atrairiam o apoio majoritário na via legislativa em demandas, por exemplo, a favor direitos dos acusados e encarcerados, das minorias sociais e da legalização do aborto. Assim, segundo esse setor político, os poderes conferidos à *Supreme Court of Canada* pela *Charter* tornariam a sua atuação fundamentalmente antidemocrática, na medida em que se mostra como anti-majoritária.

Outros setores de críticos do ativismo judicial preocupam-se que as decisões judiciais tendam a favorecer valores do liberalismo econômico em lugar de um estado intervencionista, especialmente em questões em que o Estado intervém para promover maior igualdade entre grupos e classes. Há receio pelo fato da *Charter* se basear em um modelo de direitos negativos que concebe a regulação estatal como inimiga da liberdade, de modo que esses setores temem que os juízes, ao decidir questões de valores morais e políticos, irão favorecer interesses da elite econômica (Roach, 2007, p. 74).

Com efeito, críticos do chamado “ativismo judicial” de diferentes grupos de interesses compartilham preocupações comuns. Alertam para o fato de que os juízes terão discricionariedade para inferir suas preferências pessoais da leitura das vagas palavras da *Charter*, e que alguns grupos terão muito poder na democracia canadense. Porém, enquanto parte da crítica se revolta com a atuação do Poder Judiciário para o avanço de pautas de grupos minoritários e políticas de intervencionismo social, a outra parte teme o avanço de interesses do empresariado e de grandes corporações em detrimento dos direitos sociais.

Roach e Sharpe (2013) apontam, ainda, que há grande receio de que os litígios na Corte passem a substituir o debate público e aberto acerca de importantes problemas de políticas públicas, na medida em que questões de justiça social e política serão transformadas em questões técnico-jurídicas, enquanto os cidadãos abdicam de sua responsabilidade de participar do debate político e buscar soluções para os problemas sociais.

Nesse sentido, Peter Russel (1983) afirma que o principal impacto da *Charter* em termos governamentais pode ser sintetizado como a tendência de judicializar políticas e politizar o Poder Judiciário.

As críticas ao chamado ativismo judicial brasileiro não se diferenciam muito das problemáticas apontadas em relação ao sistema canadense. Também no Brasil, estudiosos sustentam que, apesar de o crescimento da intervenção judiciária demonstrar, por um lado, um maior comprometimento do poder judiciário com os ideais do Estado Social, por outro, permite

que magistrados decidam sobre questões políticas, o que “contribui para o afastamento do cidadão da esfera pública uma vez que, quando decididas pelo judiciário, essas questões políticas são ocultadas por questões meramente técnicas” (Garau *et al.*, 2015, p. 193).

As autoras brasileiras Garau, Mulatinho e Reis (2015) apontam, ainda, que o ativismo judicial leva ao desrespeito de precedentes, visto que as decisões são tomadas de forma orientada à obtenção de resultados previamente escolhidos politicamente. Além disso, desnatura-se a atividade típica do Poder Judiciário e a separação de poderes, de modo a impactar negativamente a construção do Estado Democrático de Direito.

Assim, a principal problemática apontada por aqueles que se colocam contra o chamado ativismo judicial, tanto no Brasil quanto no Canadá, repousa na dificuldade contramajoritária. Os críticos entendem que o tribunal se coloca em uma posição de substituição dos representantes eleitos pelo povo na função de encontrar resoluções para questões de valor social, moral e de políticas públicas, e não apenas técnico-legais, o que compromete o debate democrático e desencoraja a participação popular na tomada de decisão.

Por outro lado, tomando-se o Canadá como exemplo, defensores dos direitos humanos e liberdades civis apontam que a relativização do princípio da supremacia parlamentar no direito canadense permitiu maiores avanços sociais pela via jurisdicional e a construção de uma cultura jurídica preocupada com a proteção de minorias sociais (Clément, 2016).

Nesse sentido, passa-se a tratar o debate do ativismo judicial no contexto de proteção aos direitos humanos, especialmente quanto ao direito antidiscriminatório e o fortalecimento do direito à igualdade.

3 O ARGUMENTO DEMOCRÁTICO: REVISÃO JUDICIAL PARA OS DIREITOS DE MINORIAS

Na mesma medida em que a democracia é a principal preocupação daqueles que criticam o chamado ativismo judicial, também é o principal argumento daqueles que os defendem. O argumento democrático para se justificar o poder de revisão judicial das cortes constitucionais se divide em dois aspectos: revisão de igualdade (ou “*equality review*”) e diálogo democrático.

O primeiro aspecto diz respeito à função das cortes supremas de garantir o direito constitucional à igualdade para minorias sociais, o que, consequentemente, fortalece a democracia, tanto em seu sentido formal quanto em seu sentido material.

O segundo aspecto diz respeito ao fortalecimento da democracia no âmbito das instituições públicas e da separação de poderes, de maneira a garantir que o debate político e jurídico esteja em constante evolução.

Embora a revisão de igualdade seja o enfoque deste trabalho, cabe tecer alguns comentários sobre o argumento do diálogo democrático para justificar a revisão judicial.

O diálogo democrático se refere ao diálogo institucional que ocorre entre as cortes e as legislaturas, em que não há (ou, ao menos, não deve haver) uma supremacia nem legislativa, nem judiciária (Sharpe; Kent, 2013, p. 15).

Isso se dá porque uma decisão judicial que invalida uma lei devido à sua constitucionalidade não necessariamente será a “palavra final”, na medida em que, no Brasil, as decisões do Supremo Tribunal Federal não vinculam o Poder Legislativo.

No Canadá, isso ocorre, principalmente, por meio da “cláusula do não obstante” (*notwithstanding clause*), a qual se refere à disposição da seção 33 da *Charter of Rights and Freedoms*, que permite que o Parlamento ou as legislaturas provinciais suspendam os direitos fundamentais⁵ previstos na *Charter* por um prazo de 5 (cinco) anos.

Em suma, o diálogo democrático é importante porquanto tribunais e legislaturas podem desempenhar papéis distintos e complementares, com maiores discussões jurídicas e políticas acerca dos objetivos da legislação, as alternativas consideradas pela legislatura no momento da edição da lei, quem serão os impactados e quais são os efeitos jurídicos.

Passa-se, finalmente, à abordagem da revisão de igualdade como justificativa e argumento democrático que legitima o poder de revisão judicial.

Sustenta-se que o poder de revisão judicial fortalece a democracia a partir do asseguramento de que os direitos e interesses de todos os cidadãos serão protegidos. Por esse motivo, a *Supreme Court of Canada* é apontada como particularmente ativa no que tange aos direitos à igualdade de minorias sociais protegidas pela seção 15 da *Charter of Rights and Freedoms* (Sharpe; Kent, 2013).

Essa revisão de igualdade se dá em relação a grupos com padrões históricos de discriminação e desvantagem política, isto é, grupos vulneráveis com um certo déficit de voz efetiva na política majoritária (Sharpe; Kent, 2015).

⁵ Alguns dos direitos proclamados na *Charter* não estão sujeitos à seção 33 (cláusula do não obstante), tais como direitos democráticos (seção 3 a 5), direitos de locomoção (seção 6), direitos de linguagem (seções 16 a 22), direitos à educação de idioma minoritário (seção 23), e a garantia à igualdade entre homens e mulheres (seção 28).

Aqueles que defendem o poder de intervenção judicial em prol da democracia e dos direitos minoritários o justificam sob dois sentidos: o sentido formal, relativo ao próprio processo político excludente no âmbito do Poder Legislativo, e o sentido material, relativo aos direitos a serem garantidos para que os cidadãos sejam capazes de identificar e manifestar seus interesses na sociedade.

3.1 O SENTIDO FORMAL DA REVISÃO DE IGUALDADE

O sentido formal do argumento de proteção à democracia - referido por Roach e Sharpe (2015, p. 16) como “*process-based approach*” - se baseia no fato de que o processo político legislativo, muitas vezes, exclui sistematicamente os grupos sociais minoritários, na medida em que os tomadores de decisão política são eleitos pela maioria quantitativa e tendem a legislar para os interesses daqueles que os elegeram.

Assim, um setor de defensores da intervenção judicial no âmbito dos direitos humanos aponta a incapacidade de instituições políticas produzirem resultados justos e progressistas, afirmando que o processo político é inadequado para a salvaguarda de direitos minoritários. Nesse sentido, a revisão constitucional da legislação pelos tribunais forneceria um meio pelo qual indivíduos e grupos que tradicionalmente não tiveram muita influência no processo político podem fazer suas vozes serem ouvidas.

Afinal, questiona-se se as maiorias devem ter o direito de negar um direito a um grupo social minoritário sub representado no parlamento, sem ter que justificar a decisão a não ser pela força de seus números. Os vencidos no processo político, e segmentos minoritários em geral não devem ficar desamparados, porquanto não deixam de ser “membros igualmente dignos da comunidade política” (Roach; Sharpe; 2015, p. 16).

Portanto, nota-se que, no ramo dos direitos humanos e do direito antidiscriminatório, a intervenção das cortes constitucionais assume especial relevância. Isso porque o alto dinamismo social atinge essa espécie de direitos de modo a criar a necessidade de um olhar mais frequente para os textos normativos, que requerem constante atualização conforme as novas reivindicações de grupos sociais minoritários.

Isto é, o dinamismo social implica em um dinamismo jurídico especialmente notável na área do direito antidiscriminatório, cujas demandas frequentemente não conseguem ser acompanhadas pelos morosos processos legislativos.

Além da morosidade do processo político legislativo, os legisladores têm apenas uma capacidade limitada para atender a essas demandas, devido a restrições de tempo, falta de incentivos adequados e, muitas vezes, falta de conhecimento jurídico, porquanto muitos dos legisladores eleitos não são da área jurídica (Gibson, 2015).

3.2 O SENTIDO MATERIAL DA REVISÃO DE IGUALDADE

Conforme já mencionado, as constituições pós-segunda guerra mundial passaram a exercer um papel central para a salvaguarda dos direitos humanos, sejam eles direitos individuais, sociais ou políticos, operando como ferramenta de promoção e incentivo de avanços sociais, fenômeno referenciado como neoconstitucionalismo ou constitucionalismo de pós-guerra (Barroso, 2015).

Desta feita, além de sua função representativa ao garantir a materialidade da democracia, o poder da revisão judicial pelas cortes constitucionais para proteger as liberdades fundamentais de expressão e garantir a igualdade de oportunidades pode ser visto como uma melhoria e reforço da democracia. Afinal, grupos majoritários têm a tendência de tentar suprimir a expressão de pontos de vista impopulares que ameaçam o *status quo*. Nesse sentido, Roach e Sharpe (2013) aduzem que o propósito de judicializar e constitucionalizar direitos é facilitar (e não frustrar) a democracia.

A democracia é construída a partir do debate público e aberto, da troca de opiniões e posicionamentos políticos e ideológicos, do compartilhamento de ideias advindas de grupos sociais mais diversos – e isso ocorre não apenas no âmbito do processo legislativo, mas na vida em sociedade como um todo. Assim, para que esse intercâmbio democrático seja possível, a garantia das liberdades fundamentais a todos os grupos que compõem uma sociedade, inclusive os grupos minoritários, é essencial.

Valores como a dignidade individual, a autonomia, a liberdade de escolha (refletidos na liberdade de religião e na liberdade sexual, por exemplo) e a livre expressão e comunicação devem ser garantidos a todos os participantes da sociedade, na medida em que são pré-condições para que os indivíduos sejam capazes de manifestar seus pensamentos críticos e de tomar decisões inteligentes e informadas (Sharpe; Roach, 2013).

Considerando isso, sustenta-se que a intervenção judicial para proteger esses valores contra incursões de atores majoritários pode ser vista como reforço e proteção da democracia.

Não se pretende ignorar os perigos democráticos da expansão dos poderes das cortes constitucionais. Contudo, essas problemáticas não devem ser tratadas de maneira generalizada no mundo jurídico (isto é, sem as devidas especificações conforme o ramo do direito em análise), visto que é possível perceber a grande importância da intervenção do Poder Judiciário para a salvaguarda de direitos de minorias sociais pouco representadas no parlamento e que, paradoxalmente, dependeriam de uma lei produzida por aqueles que não as compreendem.

A *Supreme Court of Canada* parece compreender e reconhecer que a intensidade de seu papel como interventora constitucional deve ser nivelada a depender da área jurídica, possuindo especial relevância no que tange aos direitos humanos. A exemplo disso, estudiosos apontam que a Corte canadense mostra maior relutância a intervir judicialmente em reivindicações relacionadas a direitos puramente econômicos, contratuais e de propriedade. Segundo Roach e Sharpe (2013), a recusa do tribunal em intervir nas áreas de propriedade e contratos reflete sua visão de que as questões de política econômica e social devem ser deixadas para o âmbito legislativo.

Por outro lado, conforme já mencionado, a Corte atua de forma mais incisiva em casos relativos a direitos de minorias sociais para interpretar a legislação rumo a valores mais protetivos. Trata-se de uma opção política da *Supreme Court of Canada* que reflete uma consciência do particular dinamismo social envolvendo o direito antidiscriminatório.

A exemplo disso, Kent Roach (2007) comenta que o rápido desenvolvimento dos direitos dos homossexuais no Canadá pode, em grande parte, ser atribuído ao ativismo judicial, a partir de interpretações generosas por parte da *Supreme Court of Canada* dos direitos de igualdade presentes na seção 15 (1) da *Charter of Rights and Freedoms* – que passou a incluir, de maneira análoga, “orientação sexual” como um critério proibido de discriminação (SCC, 1995). Ademais, a SCC contribuiu para o processo de conquista dos direitos LGBT a partir da revisão judicial positiva de legislações que excluía casais homossexuais de direitos conferidos exclusivamente a casais heterossexuais no âmbito do direito civil e previdenciário, tais como o casamento, o reconhecimento de união estável, a adoção, pensões e benefícios previdenciários etc. (SCC, 1999).

Já no Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homossexual, equiparando-a, para todos os fins, às uniões estáveis heterossexuais (Brasil, 2011), o que representou uma importante conquista para a comunidade LGBTQIA+. Na ocasião, embora tenha, talvez, ido contra a majoritária parcela da sociedade brasileira à época, o STF atuou legitimado pelo direito fundamental à igualdade (Barroso, 2015).

Juristas preocupados com as consequências do chamado “ativismo judicial” poderiam se posicionar de maneira contrária às decisões, sob o argumento de que a competência para a apreciação de tais temas seria do Poder Legislativo. Todavia, esse tipo de posicionamento, embora compreensível, deve ser cauteloso, uma vez que, conforme explica Barroso (2015), acaba colocando o procedimento acima do resultado – o que nem sempre é a melhor ponderação, a depender da matéria.

Por óbvio, o ideal seria que, no processo de produção legislativa, houvesse representatividade suficiente das minorias para que seja possível o avanço de suas pautas, ou, então, que os atores majoritários se preocupassem em garantir, também, os direitos das minorias.

Considerando que, realisticamente, isso não ocorre, é necessário realizar um recorte de matéria no momento de tecer críticas ao poder de revisão judicial, na medida em que, quando se está a tratar de direitos de minorias sociais, a função contramajoritária das cortes constitucionais se configura como uma ferramenta essencial para que seja possível o avanço desses direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto no Canadá quanto no Brasil, embora países com sistemas jurídicos bastante distintos, as críticas ao chamado “ativismo judicial” e o embate de ideias entre setores políticos antagônicos são muito semelhantes, com foco no argumento democrático de que o Poder Judiciário não deve intervir em legislações editadas por representantes do povo legitimamente eleitos.

Da mesma forma, em ambos os países, os defensores dessa forma de atuação das cortes constitucionais utilizam do mesmo argumento democrático para justificar o poder de revisão judicial. Dentro disso, a revisão de igualdade se mostra como uma ferramenta importante para a garantia da democracia substancial, tanto pelas imperfeições formais da democracia (nem sempre a maioria eleita irá se preocupar com a garantia dos direitos de minorias no processo político) tanto por suas imperfeições materiais: nem todos os cidadãos possuem o mesmo acesso à informação, à educação, à moradia digna, ao trabalho, etc., o que torna desigual e injusto o processo de formação de opiniões e de autodeterminação individual.

Uma verdadeira democracia é aquela em que o exercício do poder pelas maiorias está condicionado ao respeito pelos direitos das minorias. Em razão a) do alto dinamismo social que

impacta as demandas de grupos sociais a serem protegidos por esse ramo jurídico e b) da baixa representatividade de grupos minoritários no âmbito parlamentar, dificultando a abordagem e defesa de suas pautas identitárias no processo político tradicional, o poder de revisão judicial das cortes constitucionais apresenta, atualmente, um importante papel histórico para a evolução do direito antidiscriminatório e a efetivação do direito à igualdade.

Assim, apesar das legítimas críticas às intervenções judiciais excessivas na legislação por parte de cortes constitucionais, é necessário que se tenha consciência da importância desse poder de revisão judicial para a igualdade e a democracia, na medida em que, muitas vezes, somente por meio de cortes constitucionais é que as minorias sociais conseguem ter seus direitos concretizados.

A discussão a respeito dos limites do poder de revisão judicial não pode ser generalizada, isto é, deve contextualizar os diferentes ramos que compõem o direito e levar em consideração as problemáticas e desafios que envolvem cada uma de suas matérias.

REFERÊNCIAS

- ALVARADO, Arturo. The Brazilian Constitution of 1988: a comparative appraisal. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 3, set./dez. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo da FGV**, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005. p. 1-42.
- BARROSO, Luís Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, p. 14-36, 2018.
- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**, Relator Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, 05 maio 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 28 nov. 2022.
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. **Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira**. Fortaleza: Editora Mucuripe, 2019.
- CANADÁ. **Constitution Act, 1982 – Charter of Rights and Freedoms**. 1982. Disponível em: <http://caid.ca/ConstAct010208.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.
- CANADÁ. **Supreme Court Act. RSC 1985**, c S-26, s 4(2). 1985.
- CLÉMENT, Dominique. **Human rights in Canada: a history**. Waterloo: Wilfrid Laurier Univ. Press, 2016.
- COSTA, Ana Clara Rodrigues da. MARTINS, Luan Raphael Cunha dos Santos. A transformação do direito brasileiro para o sistema common law. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, v. 14, n. 6, p. 91-103, jun. 2021.
- GARAU, M.; MULATINHO, J.; REIS, A. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, jun. 2015.
- GIBSON, Dale. The Charter of Rights and the Private Sector. **Manitoba Law Journal**, v. 12, 1982.

KMIEC, Keenan. Origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, out. 2004.

KOERNER, André. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos - CEBRAP**, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

MANFREDI, Christopher. **Judicial Power and the Charter: Three Myths and a Political Analysis**. The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference 14, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Genebra: Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org>. Acesso em: 28 set 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ROACH, Kent. Judicial Activism in the Supreme Court of Canada. In: DICKSON, B. (org.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. [S.l.]: Oxford University Press, 2007.

RUSSEL, Peter. **The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedom**. 1983.

SCC. **Egan v. Canada**. SCR, 1995. Disponível em: <https://canlii.ca/t/1frkt>. Acesso em: 28 nov. 2022.

SCC. **M. v. H**. SCR, 1999. Disponível em: <https://canlii.ca/t/1fqm4>. Acesso em: 28 nov. 2022.

SHARPE, Robert; ROACH, Kent. **The Charter of Rights and Freedoms: essentials of Canadian Law**. 5. ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TIDRIDGE, Nathan. **Canada's Constitutional Monarchy: an Introduction to Our Form of Government**. Toronto: Dundurn Press, 2010.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 87-121.

UNIÃO AFRICANA. **African Charter on Human and Peoples' Rights**. Nairóbi: União Africana, 1981.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais**. Roma: Conselho da Europa, 1950.

A FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E O DIREITO À CIDADES SUSTENTÁVEIS

Amanda Machado de Liz¹

Evaldo José Guerreiro Filho²

RESUMO: A presente pesquisa tem como escopo analisar a função social da cidade em conjunto com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Utilizando o método dedutivo, foram explorados três tópicos que constituem a base da análise. O primeiro tópico afere sobre a política urbana no Brasil, com foco no Estatuto da Cidade, o segundo tópico aborda o conceito de direito à cidade e o terceiro analisa a função social da cidade sustentável. Os resultados preliminares foram no sentido de que função social da cidade é um princípio orientador fundamental para o desenvolvimento urbano, a justiça social e a qualidade de vida de todos os cidadãos, em harmonia com o meio ambiente e em respeito às gerações presentes e futuras.

PALAVRAS-CHAVE: função social da cidade; direito à cidade; política urbana; cidade sustentável.

INTRODUÇÃO

As diretrizes da política urbana no Brasil e seu objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes estão previstos no art. 182 da Constituição Federal. Resultado de uma emenda apresentado pelo (então denominado) Centrão durante a Assembleia Constituinte de 1988 com a fusão de proposições de vários constituintes, trouxe para a Constituição a expressão “funções sociais da cidade”, que, embora não constasse na Emenda Popular da Reforma Urbana, foi mais tarde apropriada como um dos pilares do Movimento Nacional pela Reforma Urbana (Bassul, 2008).

Em conjunto com a função social da propriedade, a perspectiva da função social da cidade é organizar as condições políticas, econômicas, ambientais e culturais da vida urbana para que suas populações possam ter efetivados os direitos fundamentais, sobretudo, diante da concepção vigente, àqueles diretamente relacionados ao espaço local.

Mas apesar de a maioria do conteúdo da função social da cidade estar compreendido nos vários incisos do art. 2º da lei nº 10.257/2001, é fundamental uma compreensão teórico-

¹ Doutoranda em Direitos Humanos e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). <http://lattes.cnpq.br/4660735541164969>. Email: amandaliz.unb@gmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da UniAvan. <http://lattes.cnpq.br/3072506697793006>. Email: evaldojoseguerreirofilho@gmail.com.

doutrinária desse elemento que inova o ordenamento jurídico brasileiro em conjunto com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), fazendo disso o principal objetivo do presente artigo.

1 POLÍTICA URBANA BRASILEIRA E O ESTATUTO DA CIDADE

Carvalho Filho (2013, p. 28-29) identifica que, a partir do enunciado do art. 2º do Estatuto da Cidade, pode-se reconhecer a existência no âmbito urbanístico de direitos individuais e transindividuais no que se refere à cidade. Ou seja, no primeiro caso, tendo garantida na ordem jurídica urbana a faculdade individual de agir na busca da implementação de um direito garantido, e, no segundo caso, garantindo a grupos organizados ou órgãos legitimados (que atuam em nome de todos) uma compreensão coletiva e/ou difusa das prerrogativas jurídicas que alcançam a toda a sociedade ou a parte dela.

É importante iniciar aferindo os elementos que foram relacionadas à função social da cidade na Carta de Atenas, em 1933, que elencou para o desenvolvimento das funções sociais da cidade quatro atividades básicas: “As chaves do urbanismo estão nas quatro funções: habitar, trabalhar, recrear-se (nas horas livres) e circular” (Le Corbusier, 1993).

Desde então, inúmeras outras perspectivas foram desenvolvidas. Na Carta Mundial do Direito à Cidade (2007), em seu art. II, elaborou-se que:

Como fim principal, a cidade deve exercer uma função social, garantindo a todos seus habitantes o usufruto pleno dos recursos que a mesma oferece. Isso significa que deve assumir a realização de projetos e investimentos em benefício da comunidade urbana no seu conjunto, dentro de critérios de equidade distributiva, complementaridade econômica, respeito à cultura e sustentabilidade ecológica para garantir o bem-estar de todos os habitantes, em harmonia com a natureza, para hoje e para as futuras gerações.

Diante do regramento legal brasileiro, segundo Garcias e Bernardi (2008) pode-se identificar três tipos básicos de função social da cidade: a função urbanística (habitação, trabalho, lazer e mobilidade), a função de cidadania (educação, saúde, proteção e segurança) e a função de gestão (prestação de serviços, planejamento, preservação do patrimônio cultural e natural e sustentabilidade da cidade).

Carvalho Filho (2013, p. 30-32), por sua vez, referência que as diretrizes gerais da política urbana previstas no art. 2º do Estatuto da Cidade, aptas a desenvolverem a função social da cidade e da propriedade, dividem-se em diretrizes governamentais, que se relacionam a

atuação direta do poder público, diretrizes sociais, que se desenvolvem trazendo benefícios à coletividade, seja para cada indivíduo isoladamente ou no conjunto, podendo ainda a comunidade participar do processo de urbanização, diretrizes econômico-financeiras, relacionados aos recursos e investimentos utilizados no processo de urbanização, diretrizes relativas ao uso do solo urbano, que estão relacionadas ao processo de ocupação e uso do solo e diretrizes jurídicas, que relacionam todas as regras pertinentes a área jurídica.

Além dessa perspectiva, há de se relatar, em grau de importância, a condição democrática que deve ser utilizada para o desenvolvimento da política urbana no Brasil. Esse condicionamento vem diretamente atrelado ao fato que tanto cidade quanto propriedade passam a se desenvolver diante de suas funções sociais. São estes os fundamentos básicos da relação democrática de conformação da cidade.

De certa forma, não há de se esquecer que a democracia como princípio constitucional possui vertente também autônoma³ em relação a existência da cidade, fortalecendo nesta autonomia a perspectiva e direitos que surgem das funções sociais da cidade e da propriedade. É nessa junção que está a necessidade de participação da população na elaboração de políticas públicas e de regras jurídicas para o uso e ocupação do solo e para o desenvolvimento da cidade, devendo garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Ou seja, os elementos da função social da cidade e da propriedade só se realizam efetivamente quando seus conteúdos, colocados em prática na vida daqueles que convivem com a cidade, são provenientes de um processo de elaboração democrático e participativo.

No âmbito das cidades, a principal legislação, ainda que não exclusivamente⁴, que permite o desenvolvimento da política urbana são os planos diretores. Esses, por sua vez, estão fundamentados em dispositivos constitucionais (art. 182, §§1º e 2º, da CRFB). O Estatuto da Cidade, em seu art. 39, regulamenta a regra constitucional determinando que os planos diretores

³ O art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil faz da democracia norma-princípio, premissa e diretriz estrutural do Estado brasileiro. É neste dispositivo constitucional que o Estado, como associação política que organiza e representa toda a população em seus interesses, se liga e se submete ao Direito, em forma e conteúdo autoconformado por meio do poder soberano, que emana do povo e é exercido por representantes eleitos ou por este mesmo povo de forma direta, nos termos da Constituição.

⁴ O Supremo Tribunal Federal ao estabelecer o Tema de Repercussão Geral 348, proferido na decisão em 2015 do Recurso Extraordinário 607.940, do Distrito Federal, consolidou entendimento de que “A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como *‘instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana’* (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a *‘promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano’* (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de *‘ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes’* (art. 182, *caput*). Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor” (Brasil, 2015).

devem garantir “[...] o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas [...]” (Brasil, 2001).

Assim, é por meio desse instrumento (plano diretor) e pela necessidade de implementar os direitos fundamentais que essas leis locais se propõem a promover a função social da propriedade (art. 182, §2º, da CRFB), a função social da cidade (art. 182, *caput*, da CRFB), e o desenvolvimento e a expansão urbana (art. 182, §1º, da CRFB)⁵.

O art. 40 do Estatuto da Cidade confere aos planos diretores, além de instrumento básico para o desenvolvimento e expansão urbana, uma instrumentalidade essencial para todo o processo de planejamento municipal, devendo o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) incorporarem suas diretrizes e prioridades (art. 40, §1º, da Lei nº10257/2001).

Na abrangência do desenvolvimento urbano e da função social da cidade, os planos diretores, diante da compreensão auferida diretamente da Constituição da República e confirmada pelo Estatuto da Cidade devem traçar as diretrizes físico-territoriais da cidade e estabelecerem a função social da propriedade, devendo também prescrever as diretrizes das demais políticas públicas municipais, constituídas, por exemplo, nos planos de mobilidade, saneamento, resíduos sólidos, drenagem urbana, habitação, assistência social, saúde, cultura, educação, apenas para citar os mais conhecidos (Sotto, 2020, p. 30).

Por mais que o planejamento não seja uma ação nova, os planos em geral e os planos urbanísticos em especial, como prática generalizante, são relativamente recentes⁶, datando da primeira metade do século XX, provenientes sobretudo da mudança do Estado de Direito, de ordem Liberal, para um Estado de Direito Social⁷.

Outra mudança significativa trazida pelo Estado Social e Democrático de Direito, intentado no Brasil pela Constituição da República em 1988, foi a integração normativa da política de desenvolvimento urbano com a realização dos direitos fundamentais. Essa

⁵ Pedra e Freitas (2015) desenvolvem a partir da premissa da função social como uma razão de solidariedade (art. 3º, I, da CRFB) a identificação de que a função social se constitui como um dever fundamental.

⁶ Segundo Correia (2001, p. 41) a utilização do plano como instrumento de programação urbanística não é recente. No entanto, seu uso “[...] em larga escala é obra da corrente urbanística apelidada de funcionalismo racionalista. Esta foi desenvolvida no Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna (C.I.A.M.), que se realizaram a partir de 1928, e está consagrada na chamada ‘Carta de Atenas’, emanada do Congresso que decorreu, em Atenas, de 29 de Julho a 13 de Agosto de 1933 [...]”.

⁷ “[...] o Estado de Direito Liberal do século XIX, que quase restringia a sua atividade à manutenção da ordem pública e à garantia da segurança externa, não tinha grande necessidade de lançar mão do instituto do plano. Mas, no Estado de Direito Social dos nossos dias, em que a Administração Pública exerce funções de grande alcance, designadamente de apoio ao desenvolvimento económico e social, de promoção da justiça social e da prestação social, o plano tornou-se num instrumento essencial da ação administrativa. O plano é, assim, um sinal evidente da transformação verificada no modo de ser das funções estaduais, no seguimento da passagem do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social” (Correia, 2001, p. 169).

integração normativa produziu um novo espectro sobre o desenvolvimento da política urbana — a qual merece ser aqui também observado por estar diretamente relacionado com a função social da cidade, mas que com ela não se confunde — e que é percebido como o direito à cidade.

2 DIREITO À CIDADE

A expressão Direito à Cidade foi usada pela primeira vez por Henri Lefebvre, filósofo francês que realiza uma crítica importante sobre a produção do espaço durante a década de 70. Em 1967, Lefebvre lança um artigo denominado Direito à Cidade que logo em 1968 compõe o seu livro com o mesmo nome (Lefebvre, 2008). O autor dá início a reflexão sobre como pensar justiça social no espaço urbano como reivindicação de um direito social pelo recorte marxista.

O direito à cidade nasce como fenômeno sociológico, a partir da reflexão sobre a urbanização global. Lefebvre percebe já na década de setenta que o capitalismo vai se organizar cada vez mais na urbanização e por isso reivindica a cidade como lugar de crítica social, pensando a justiça social na cidade a partir da lógica da luta de classe.

Harvey (2012, p. 74) afirma que as cidades desde o início emergiram da concentração social e geográfica do produto excedente. Logo, segundo o autor, a urbanização é desde o início um fenômeno de classe, uma vez que o excedente é extraído de algum lugar e de alguém, enquanto o controle sobre sua distribuição repousa nas mãos de poucos. “A liberdade de construir e reconstruir a cidade e a nós mesmos é, como procuro argumentar, é um dos mais preciosos e negligenciados direitos humanos” (Harvey, 2012, p. 74).

Assim como Harvey, Saule Junior (2019, p. 125-126) incorpora dentro do direito à cidade os direitos humanos, conformando um sistema de governança das cidades, com a intenção de torná-las justas, humanas, saudáveis e democráticas, com o dever de combater os elevados padrões de concentração de riqueza, com a perspectiva de evitar quaisquer tipos de práticas de discriminação, bem como qualquer forma de segregação de indivíduos, grupos sociais e comunidades, principalmente em função do tipo de moradia que possuem ou do local onde vivem.

Afinal, o direito à cidade não é meramente um direito condicional de acesso a tudo aquilo que já existe, mas sim um direito ativo de fazer a cidade de forma diversa, de formá-la mais de acordo com nossas necessidades coletivas. Estabelecer uma administração democrática sobre o processo urbano constitui o direito à cidade (Harvey, 2012).

Saule Junior (2019, p. 128-129) explica que o reconhecimento do direito à moradia na esfera internacional, por meio da Agenda Habitat II, é semente para a construção de um direito à cidade também no âmbito internacional, com características de um direito humano coletivo, que emerge para as presentes e futuras gerações.

O direito à cidade contém ainda — diante de uma investigação a partir da interdependência dos direitos humanos — elementos de direitos civis e políticos, que relacionam cidadania e participação com direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (Saule Junior, 2019, p. 135). Assim, o direito à cidade está presente na oportunidade internalizada pela possibilidade de uma gestão democrática da cidade, como forma (e condição para o exercício dos demais direitos) de garantir à população a interferência no destino do desenvolvimento do lugar onde mora⁸.

Esse direito vem relacionado no Estatuto da Cidade (art. 2º, inc. I, da lei nº 10.257/2001) com o adjetivo “sustentável”, o que significa nas palavras de Carvalho Filho (2013, p. 46) o equilíbrio, “[...] a harmonia e a compatibilidade entre o desenvolvimento da cidade e o bem-estar dos habitantes”.

A referida regra do Estatuto da Cidade prescreve que o direito à cidade sustentável deve ser compreendido incorporando o direito ao acesso à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura, ao transporte e aos demais serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, considerando ainda que estes direitos devem ser acessados e garantidos para as presentes e futuras gerações.

Essa dimensão aproxima a função social da cidade do direito à cidade, sem às igualar, visto que o primeiro traz a perspectiva presente em uma razão coletiva de compor políticas públicas por meio da elaboração e fiscalização dos planos diretores — que nos termos do art. 40, §1º, do Estatuto da Cidade produzem diretrizes que devem ser integradas ao Plano Plurianual (PPA), à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e à Lei Orçamentária Anual (LOA) — oportunizando a sua ingerência sobre políticas públicas e colaborando para a implementação dos direitos fundamentais.

Portanto, são nesses planos urbanísticos, na constituição de políticas públicas e na auto-organização da forma de ocupar e usar o solo urbano que os ditames produzidos socialmente,

⁸ Rodrigues (2004, p. 15-16) aborda essa possibilidade de interferência nos rumos da cidade, trazidos pela lei nº 10.257/2001, como um germe da utopia do Direito à Cidade. Porém, a autora afirma que estas características convergem para uma *utopia virtual* que, no Estatuto da Cidade, se atrelaria apenas ao uso do solo urbano, não alcançando outras dimensões da vida urbana. Avançar sobre este limite, demandaria uma *utopia de processo* que ocorreria por meio da participação dos movimentos sociais, o que, na sua visão, não estaria contido no Estatuto da Cidade.

por meio de uma metodologia de participação e de um exercício plenamente democrático da vida urbana, convertem as leis e demais comandos político-jurídico em efetiva funcionalidade, tanto da propriedade quanto da cidade.

3 FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE SUSTENTÁVEL

A função social da cidade, dentro da visão atual do direito urbanístico, é observada como a atuação do poder público em um processo de planejamento e intervenções sobre a cidade que venham garantir a realização de determinados direitos fundamentais vinculados à realidade urbana. Arelados a ela estão a moradia, o transporte e a mobilidade, o acesso à terra urbana e urbanizada, a infraestrutura urbana, o direito à educação, à saúde, ao meio ambiente equilibrado, ao lazer e ao trabalho. Todos estes conduzindo a uma vida digna.

Iniciando o processo de releitura face os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), nota-se que a sustentabilidade possui a vocação de compreender a realidade como um todo, independentemente do local ou do momento em que estão buscando ser realizados. Sua articulação deve ser absorvida não em segmentos ou partes, mas como um sistema integrado que procura constituir um ecossistema equilibrado em seus vários campos de atuação. Quando um dos campos produz o desequilíbrio do outro, há algo errado.

Essa é uma relação que está presente na leitura do desenvolvimento sustentável em geral. Gurgel (2021, p. 27) confirma esse raciocínio referindo-se à política urbana quando afirma que “a tutela jurídica do meio ambiente deve ser vista como parte inegociável do planejamento e da gestão dos espaços urbanos e territoriais.” O autor realiza essa afirmação para ponderar que de nada adiantaria absorver um padrão de desenvolvimento que realize conquistas econômicas ou mesmo sociais se não conseguir manter condições ambientais que garantam uma vida digna e saudável.

Esse mesmo raciocínio é útil para avaliar que também não serve aos propósitos da sustentabilidade o modelo de desenvolvimento que alcança padrões sociais básicos, garantindo a todos vida digna se isso ocorre às expensas de uma pegada ecológica que, por si só, retira a garantia dessas mesmas condições para o restante da humanidade (como se observa nos países de primeiro mundo).

Por isso, a sustentabilidade e os elementos do ODS nº 11 exigem que a funcionalidade das cidades cumpra objetivos básicos dentro da realidade intraestatal, como por exemplo aqueles relacionados diretamente aos objetivos fundamentais da República Brasileira, previstos

no art. 3º do texto constitucional, que se propõe a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, com a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Andrade, 2019, p. 93).

Esses elementos e direitos, muitos dos quais também previstos no inciso I do art. 2º da Lei nº 10.257/2001, conforme já apresentado, compõem para o ordenamento jurídico brasileiro o conceito de cidade sustentável. Carvalho Filho (2013, p. 46) afirma que o direito às cidades sustentáveis é um direito fundamental das populações urbanas, principalmente porque o processo de urbanização deve ser realizado para melhoria das condições de vida de toda a coletividade.

A perspectiva de sustentabilidade garante também fundamentalidade ao direito à cidade sustentável já na interação dos conteúdos do arts. 182 e 225 da Constituição da República. O direito à cidade sustentável demanda equilíbrio entre vários fatores de desenvolvimento urbano e de bem-estar dos seus habitantes e usuários. Isso porque a materialização do bem-estar ocorre diretamente por meio da execução dos direitos fundamentais e dos direitos disciplinados no art. 2º do Estatuto da Cidade (Carvalho Filho, 2013, p. 46-47).

Essa conformação que busca garantir direitos fundamentais por meio da função social da cidade é garantida principalmente na realização de uma cidade sustentável. A perspectiva trazida pelo ODS nº 11 configura a sustentabilidade da cidade não apenas nos direitos concedidos e garantidos individualmente, mas na sua incorporação de elementos da totalidade do desenvolvimento sustentável e, por consequência, da perspectiva sistêmica que identifica o todo da cidade (e as vezes do planeta) com as realizações de direitos, não apenas as suas partes e indivíduos.

Com isso, identifica-se que não basta que o desenvolvimento de uma cidade se proponha à realização de determinados eventos ou de determinados direitos fundamentais para que seja sustentável (ou mesmo resiliente, segura e inclusiva). É necessário a reconfiguração do próprio olhar que interpreta e compreende esses direitos, deixando para trás a visão linear e mecanicista que apenas reconhece o direito diante de uma realização individual, tradicional no seu processo de fragmentação e segmentação do objeto compreendido/interpretado (Barcellos; Barcellos, 2004, p. 133-135).

Essa forma que não se preocupa em otimizar as ações realizadas para melhorar as esferas da vida urbana produz ausências de atribuição de responsabilidade. A compreensão do direito

urbanístico pelo pensamento mecanicista⁹ e pela visão legalista-liberal, meramente instrumental do direito (Fernandes, 2005, p. 25), com raras exceções (como ocorre no *caput* dos art. 205 e do art. 225 da Constituição da República) faz com que a maior parte da responsabilidade em melhorar as esferas da vida urbana fique a cargo do Estado, o que não se mantem sequer na configuração do Estado Social (Comparato, 1997).

Assim, uma releitura da função social da cidade para absolver o espectro da sustentabilidade precisa ser realizada com uma compreensão sistêmica e de totalidade, tanto do âmbito que pretende alcançar quanto dos elementos ecológicos que irão afetar a leitura e compreensão dos direitos integrantes desta funcionalidade, necessários para alcançar o bem-estar dos habitantes. A leitura da função social da cidade a partir do ODS nº 11 tem o condão de agregar essa característica de integralidade tanto da compreensão e aplicação dos direitos fundamentais necessários para garantir o bem-estar da população quanto para a constituição do ecossistema urbano em respeito a esses direitos.

Observando, por exemplo, o elemento do ODS nº 11 (ONU, 2015) que pretende construir cidades e assentamentos humanos inclusivos e sustentáveis para avaliar o direito fundamental à moradia, pode-se constatar que a mera entrega do bem social que esse direito solicita — ou seja, a moradia em uma determinada habitação (casa ou apartamento próprio ou de aluguel), sobretudo diante dos métodos convencionais de mercado — pode fazer com que esse fenômeno tenha repercussão negativa na organização e funcionalidade da cidade, constituindo uma razão de desequilíbrio, sobretudo se o referido direito não for efetivado dentro de um pensamento integral.

Em um processo de garantia ao direito de moradia, a mera construção de habitações — seja para venda ou locação, com subsídio estatal ou não, ou mesmo a regularização de áreas informais, de forma desconectada ao todo da cidade, projetando melhorias apenas no local das construções — como método de executar e dar cumprimento a um direito constitucional pode gerar processos de gentrificação¹⁰ dos segmentos sociais de menor renda. Isso porque as

⁹ Morin (2000, p. 95) efetiva a crítica da ausência de responsabilidade produzida pelo “[...] pensamento mecanicista parcelar que adquire forma tecnocrática e econocrática. Tal pensamento não percebe senão a causalidade mecânica, quando tudo obedece cada vez mais a causalidade complexa. Ele reduz o real a tudo que é quantificável. A hiperespecialização e a redução quantificável produzem cegueira não apenas em relação à existência, ao concreto, ao individual, mas também em relação ao contexto, ao global, ao fundamental. Elas provocam, em todos os sistemas tecnoburocráticos, um parcelamento, uma diluição e finalmente uma perda da responsabilidade”.

¹⁰ A palavra gentrificação possui diversos sentidos. Para os teóricos da economia urbana de matriz neoclássica, o fenômeno da gentrificação, como um processo de remoção de determinadas pessoas pertencentes a determinados segmentos socioeconômicos, tem uma conotação positiva, já que seria um ajuste do mercado às oscilações de preço dos imóveis. Para a teoria de caráter sociológico, o processo de gentrificação ocorre a partir da configuração e atuação individual das pessoas, na qual determinados grupos com a alteração, sobretudo, de suas

referidas obras atuariam, por exemplo, para tornar o custo de vida mais elevado. Desde a formalização de serviços como fornecimento de energia elétrica, água, internet, televisão, etc., até o processo de valorização dos imóveis e do próprio espaço urbano¹¹, o local pode se tornar inviável para a permanência da população local, não conseguindo suportar a elevação dos custos de vida.

Da mesma forma, a ausência de um olhar de totalidade da cidade ou de um problema específico pode conduzir a uma atuação econômica de produção de moradias voltada apenas para fatores econômicos e sociais (geração de emprego, recuperação da economia, garantia de moradia, etc.), que pode produzir ampla degradação ambiental em locais fora das cidades¹², sobretudo em face da necessidade de matérias primas para a construção das novas obras, sejam elas para habitação direta, seja para respaldar o acesso a determinados serviços.

As metas do ODS nº 11, se utilizadas para a compreensão dos elementos da política urbana brasileira contribuirão para essa perspectiva sistêmica, proveniente sobretudo das relações ecológicas, que partem do todo e são identificadas com a sustentabilidade. A própria essência dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas é constituída de uma relação ecológica e sistêmica, conforme observa-se na integração de vários elementos para que suas finalidades sejam alcançadas.

capacidades de consumo, atraem novos empreendimentos e geram processos de valorização das áreas. Por fim, existe ainda a teoria, também econômica, que observa que o processo de gentrificação, como fator negativo, cria a remoção das pessoas de determinados locais em face do processo de valorização imobiliária, que é realizado por meio de escolhas coletivas, que direcionam investimentos (públicos e privados), que criam certas configurações legais, determinados incentivos, etc. (Pelegriani, 2021, p. 47-59).

¹¹ É importante também se aferir, por respeito à ciência, que é possível que haja um processo de desvalorização de determinadas áreas a partir da construção de certos tipos de moradia, sobretudo quando seus padrões de qualidade não são respeitados, incorrendo as mesmas em rápida degradação, e quando também não há qualquer tipo de respaldo público da população que vier a habitar no local (em caso de ser originalmente externa à área). Essa perspectiva é defendida por Forrester (*apud* Barcellos; Barcellos, 2004, p. 140) que “[...] aponta a construção de moradias para a população de baixa renda como aceleradora da decadência, porque as casas ocupam terrenos que poderiam ter sido usados por negócios geradores de empregos, enquanto, simultaneamente, atraem ainda mais migrantes que necessitam de emprego. A política aparentemente humanitária de construção de casas populares termina por criar pobreza, amontoando gente em áreas de oportunidades econômicas declinantes.” Mesmo assim, a possibilidade desse ocorrido não desfaz os processos convencionais de gentrificação por valorização das áreas. O ocorrido apenas certifica que os desequilíbrios ocasionados por políticas públicas ou mesmo por relações de mercado não atreladas de forma sistêmica à cidade ou mesmo à região, ou quiçá a contextos maiores, apenas podem ser enfrentados diante de planejamentos e execuções pensadas sempre na integralidade e funcionalidade da cidade e na totalidade das relações sociais.

¹² Na introdução da obra “Os sentidos do mundo”, Harvey (2020, p. 9-18) traz dados impressionantes sobre o consumo de cimento utilizado pela China entre 2011 e 2013, que chega a 6,651 bilhões de toneladas, comparando-o com os 4,405 bilhões de toneladas de cimento que os Estados Unidos utilizaram durante todo o século XX. Segundo o autor, esse método de articular massivamente investimentos em infraestrutura física como resposta à crise econômica, financiado com dívida, produz grandes mudanças e desequilíbrios, impactando desde o ambiente natural até a própria reconfiguração do ambiente construído, sem um planejamento que não seja aquele exclusivamente voltado para retirar o país da crise.

Avaliando o direito fundamental à moradia a partir da meta 11.1 do ODS nº 11 (ONU, 2015) — que prevê expressamente a indispensabilidade de se alcançar padrões de sustentabilidade a garantia do acesso de todos à habitação segura, adequada e com preço acessível — constata-se que atrelados a este direito fundamental está também o acesso aos serviços básicos, além do fato de se ter que urbanizar as favelas. Esse “acesso” não apenas significa colocar os serviços à disposição daqueles que tem condições de pagar, mas de fato garantir o acesso efetivo, como direito básico existencial a todos, garantido com isso a efetiva dignidade humana.

Na meta 11.3 (ONU, 2015), o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11 infere que é necessário aumentar a urbanização inclusiva e sustentável e propõe isso diante do aumento das capacidades de planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis. Ou seja, ler a política urbana brasileira diante dessa compreensão é saber que os instrumentos de gestão que estão à disposição da sociedade devem ser utilizados conjuntamente e com a função de incluir, devendo sempre se avaliar o todo para compreender quando uma determinada ação pode estar gerando exclusão. E isso deve ser feito por meio de planejamentos participativos que incluam sobretudo as populações afetadas.

Essa análise se completa com a meta 11.a (ONU, 2015), na qual é fundamental à sociedade apoiar relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, periurbanas e rurais, reforçando o planejamento nacional e regional de desenvolvimento. Isso deixa evidente mais uma vez que a realização de um determinado compromisso social (especificado por um direito) para um local ou por meio de uma atividade, deve sempre ser feito de forma sistêmica, mesmo que sua leitura leve a superação dos limites da cidade.

O consumo de alimentos, os insumos para a construção civil e para as obras de infraestrutura urbana, os congestionamentos e produção da CO₂, o consumo de energia, etc, são reflexos e atividades que impactam além das cidades e podem causar degradação em outros lugares quando ocorrem sem a preocupação daqueles que vivem a vida urbana.

Isso também ocorre em matéria de mobilidade caso as soluções que sejam procuradas para os problemas de circulação estejam relacionadas a soluções individuais e que não sejam planejadas na integralidade da cidade. Em um mundo que está colapsando quanto a seus recursos naturais há de se duvidar que a solução para problemas de mobilidade esteja em gastos de valores vultuosos para a realização de novas rodovias para veículos individuais. Este é um pensamento desconexo entre a cidade e o restante do planeta.

A meta 11.2 do ODS nº 11 (ONU, 2015) intenta proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a

segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos. A prioridade do ODS nº 11 é garantir mobilidade por transportes alternativos ao veículo automotor e diversificar e integrar os modais de transporte, apoiando-se sobretudo em uma política urbana por meio do transporte público coletivo¹³, que garanta por si só segurança, mas que a garanta também ao diminuir o uso do transporte individual¹⁴, tornando-o acessível e sustentável pelo fato de consumirem menos energia, serem menos poluentes, etc. Faria (2020, p. 270) afirma que quando o poder público (e pode-se acrescentar, a sociedade como um todo) garante transporte coletivo urbano a todos os moradores e a todos aqueles que passam pelas cidades, com uma total inclusão, física e econômico-financeira, sem qualquer discriminação, envolvendo horários, gêneros, lugares da cidade, idades, classes sociais e a plena autonomia a todos, “[...] através da universalidade a todos, é uma forma do Poder Pública implementar a função social da cidade de mobilidade urbana”.

Esses são exemplos de compreensões que podem ser aferidas a partir de uma leitura conjunta da política urbana brasileira disciplinada na Constituição da República e nas principais legislações de acordo com o sentido do ODS nº 11. O importante é sempre realizar a avaliação integral da funcionalidade da cidade em seus aspectos econômicos, políticos, físicos, ambientais, humanos e culturais, rompendo com as compreensões meramente legalistas e mecanicistas, buscando preencher os direitos fundamentais e alcançando o bem-estar das atuais e futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a função social da cidade busca promover a atuação do poder público em um processo de planejamento e intervenções sobre a cidade que venham garantir a realização de determinados direitos fundamentais vinculados à realidade urbana, com participação e controle social de seus habitantes. A interseção entre a função social da cidade e o conceito de

¹³ “A mobilidade urbana sustentável consiste numa alternativa para evitar os problemas provocados pelo ‘inchaço rodoviário’ devido ao elevado número de automóveis nas estradas, que impedem ou dificultam o fluxo de mobilidade urbana nas grandes cidades. Para isso, as propostas de mobilidade urbana sustentável envolvem a implantação ou reforço dos sistemas de transporte sobre trilhos, como metrô, trens, bondes elétricos, teleféricos, entre outros” (Faria, 2020, p. 243).

¹⁴ Segundo o Jornal Estadão (Feltrin, 2022) em matéria publicada em 15 de fevereiro de 2022, os acidentes em rodovias federais no ano de 2021 atingiram o número de 63.447. Foram perdidas 5.391 vidas em acidentes nas rodovias do Brasil. Todos os acidentes causaram prejuízo de 12,19 bilhões de reais.

direito à cidade, proposta por pensadores como Henri Lefebvre e David Harvey, enfatiza a importância de uma gestão democrática e inclusiva do espaço urbano.

Ademais, a concepção de uma cidade sustentável emerge como um elemento essencial na interpretação contemporânea da função social da cidade. A busca por cidades inclusivas, resilientes e que respeitem o meio ambiente requer uma abordagem sistêmica e integrada que leve em consideração não apenas os direitos individuais mas também as interconexões entre os elementos urbanos, econômicos, sociais e ambientais.

A implementação eficaz da função social da cidade exige planejamento urbano participativo, políticas públicas abrangentes e uma visão de longo prazo que leve em consideração o impacto das ações urbanísticas sobre a qualidade de vida das atuais e futuras gerações. Através da integração das metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU, a política urbana no Brasil deve evoluir em direção a cidades verdadeiramente sustentáveis, inclusivas e equitativas.

Em última análise, a função social da cidade não é apenas uma questão legal, mas um princípio orientador fundamental para o desenvolvimento urbano que visa garantir a dignidade, a justiça social e a qualidade de vida de todos os habitantes das cidades brasileiras, em harmonia com o meio ambiente e em respeito às gerações presentes e futuras. Portanto, é imperativo que a sociedade e as autoridades continuem a promover e fortalecer essa abordagem para construir um futuro urbano mais justo e sustentável.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Leandro Teodoro. **Manual de direito urbanístico**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BARCELLOS, Paulo Fernando Pinto; BARCELLOS, Luiz Fernando Pinto. Planejamento urbano sob perspectiva sistêmica: considerações sobre a função social da propriedade e a preocupação ambiental. **Revista da FAE**, Curitiba, v.7, n.1, p.129-144, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/439>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- BASSUL, José Roberto. A constitucionalização da questão urbana. *In*: DANTAS, Bruno *et al.* (org.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.
- BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 12 jun. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 607.940 do Distrito Federal**, Min. Rel. Teori Zavascki, j. 29.10.2015, DJe 26.2.2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340285/false>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- CARTA MUNDIAL PELO DIREITO À CIDADE. **Carta Mundial pelo Direito à Cidade**, 2007. Disponível em: <https://polis.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Carta-Mundial-pelo-Direito-a-Cidade.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, set./dez. 1997. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/123>. Acesso em: 2 jul. 2022.
- CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001.
- FARIA, Simoni Salemi de. Função social da mobilidade urbana. *In*: MOURA, Emerson Affonso da Costa; TORRES, Marcos Alcino Azevedo; MOTA, Mauricio Jorge Pereira (org.). **Funções sociais da cidade: teoria e espécies à luz da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- FELTRIN, Aline. **Acidentes em rodovias do Brasil têm 10 mortes a cada 100 vítimas**. Estadão, 15 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://estradao.estadao.com.br/caminhoes/acidentes-em-rodovias-do-brasil-tem-10-mortes-a-cada-100-vitimas/>. Acesso em: 5 jul. 2022.

FERNANDES, Edésio. Direito e gestão na construção da cidade democrática no Brasil. **Revista Oculum Ensaios**, n. 4, 2005. Disponível em: <https://periodicos.puc-campinas.edu.br/oculum/article/view/783/763>. Acesso em: 1 jul. 2022.

GARCIAS, Carlos Mello; BERNARDI, Jorge Luiz. As Funções sociais da cidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 4, 2008. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/48/47>. Acesso em: 29 jun. 2018.

GURGEL, Carlos Sérgio. **Direito urbanístico luso-brasileiro: cidades sustentáveis e inclusivas e dever estatal de ordenação**. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2021.

HARVEY, David. **Os sentidos do mundo: textos essenciais**. São Paulo: Boitempo, 2020.

LE CORBUSIER. **A Carta de Atenas**. São Paulo: EDUSP, 1993.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2000.

ONU. **Transformando o mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Genebra: ONU, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 23 set. 2019.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; FREITAS, Rodrigo Cardoso. A função social da propriedade como um dever fundamental. **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**, Belo Horizonte, n. 66, jan./jun. 2015.

PELEGRINI, Juliana Vieira. **Estatuto da cidade e gentrificação no Brasil**. Curitiba: Editora CRV, 2021.

RODRIGUES, Alerte Moysés. Estatuto da Cidade: função social da cidade e da propriedade. Alguns aspectos sobre população urbana e espaço. **Cadernos Metrópole**, n. 12, 2004.

SAULE JUNIOR, Nelson. Direito à cidade: paradigma para a existência de cidades democráticas justas e sustentáveis. In: LIBÓRIO, Daniela Campos (org.). **Cidades sustentáveis**. São Paulo: EDUC, 2019.

A COR DA DOR: A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA EM MULHERES NEGRAS A PARTIR DA NECROPOLÍTICA NO ACESSO AO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Rogério Raymundo Guimarães Filho¹

Francisco Quintanilha Vêras Neto²

RESUMO: Este artigo científico investiga a relação entre a violência obstétrica direcionada a mulheres negras e a teoria da necropolítica, cunhada por Achille Mbembe, no contexto do acesso ao direito social à saúde. A violência obstétrica, caracterizada por práticas desumanas e discriminatórias durante a gravidez, parto e pós-parto, demonstra disparidades significativas com base em gênero e raça, com impactos adversos na saúde dessas mulheres. Examina-se como as mulheres negras, devido a estigmas racistas e estereótipos, enfrentam uma forma agravada de violência obstétrica. A necropolítica, que envolve a gestão deliberada da morte de grupos sociais marginalizados, influencia a perpetuação dessas desigualdades. A análise multidisciplinar deste artigo, ancorada em sociologia, saúde pública e teoria crítica, visa aprofundar a compreensão dessa questão e propor abordagens para enfrentar essa violência sistêmica e garantir a equidade no acesso ao direito à saúde para todas as mulheres, independentemente de sua origem étnica ou racial.

PALAVRAS-CHAVE: racismo; violência obstétrica; mulheres negras; necropolítica; direito à saúde.

INTRODUÇÃO

A questão da violência obstétrica é um tema de grande relevância no contexto global de saúde reprodutiva e direitos das mulheres. No entanto, a dimensão da violência obstétrica ganha contornos ainda mais complexos quando analisada sob a perspectiva da interseção de gênero e raça, revelando disparidades alarmantes no tratamento dado às mulheres negras durante o período pré-natal, parto e pós-parto. Este artigo científico propõe uma análise desse fenômeno, explorando não apenas a violência obstétrica em si, mas também sua relação intrincada com a necropolítica, uma abordagem governamental que, de maneira alarmante, trata certos grupos como “matáveis” ou dispensáveis. Nesse contexto, as mulheres negras enfrentam não apenas os desafios inerentes à gravidez e ao parto, mas também a discriminação sistêmica e a

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

<http://lattes.cnpq.br/7830470576348981>. E-mail: rogerioguimar@yahoo.com.br.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor no PPGD da UFSC.

<http://lattes.cnpq.br/0352810627424925>. E-mail: quintasveras@gmail.com.

negligência por parte das instituições de saúde, perpetuando assim a lógica de que suas vidas são menos valorizadas.

Este artigo busca, portanto, contextualizar a violência obstétrica em um cenário mais amplo de desigualdades raciais e de gênero, identificando as diversas formas dessa violência e examinando como as estruturas de poder racial, econômico e político contribuem para sua persistência. Através dessas análises, pretendemos lançar luz sobre as experiências das mulheres negras, destacando a urgente necessidade de ações políticas e sociais que visem eliminar essa forma de abuso e garantir o acesso equitativo ao direito social à saúde por todas mulheres, independentemente de seu gênero, classe ou origem étnica.

Neste contexto, a cor da dor - a dor experimentada pelas mulheres negras durante o processo reprodutivo - não deve ser apenas reconhecida, mas também combatida, para que as mulheres negras possam desfrutar de uma maternidade segura, digna e respeitosa, livres da sombra da violência obstétrica e da necropolítica que permeia seu acesso aos cuidados de saúde.

A expressão “a cor da dor” simboliza de maneira eloquente a experiência das mulheres negras que, durante o ciclo reprodutivo, frequentemente enfrentam obstáculos significativos que transcendem os desafios naturais da gestação e do parto. Essas barreiras incluem a desinformação, a falta de acesso a cuidados de saúde adequados, o preconceito racial e a violência obstétrica como consequência do contexto de desigualdade social e racial dentro da dinâmica de uma sociedade capitalista racializada, e caracterizada pelos privilégios da branquitude. Tais obstáculos, juntamente com a negligência sistemática, compõem uma realidade complexa e opressora que impacta diretamente a saúde e o bem-estar dessas mulheres inviabilizando a efetividade constitucional de políticas pública garantidas pelo SUS.

Para entender a interseção entre a violência obstétrica e a necropolítica, é fundamental contextualizar a necropolítica como uma estratégia de controle e exclusão que molda o destino de grupos sociais inteiros, relegando-os à morte ou à precariedade. Quando aplicada ao contexto da saúde reprodutiva de mulheres negras, a necropolítica opera de maneira sutil, porém devastadora. As estruturas de poder, incluindo sistemas de saúde e políticas públicas, muitas vezes perpetuam a ideia de que as vidas dessas mulheres são dispensáveis, permitindo a continuidade da violência obstétrica e da negligência médica, a invisibilidade das mulheres negras obstaculiza inclusive a percepção do racismo por parte daqueles que exercem o racismo enquanto prática biopolítica.

A interconexão desses elementos torna-se evidente quando se analisa a disparidade no tratamento médico. Mulheres negras frequentemente experimentam altas taxas de cesarianas

desnecessárias, episiotomias não consentidas e a falta de respeito básico durante o parto. Além disso, muitas enfrentam discriminação racial direta por parte de profissionais de saúde. Esses acontecimentos não podem ser compreendidos isoladamente; eles representam sintomas de um sistema mais amplo que desvaloriza a saúde e a vida das mulheres negras que se torna descartável, enquanto vidas menos importantes de setores indesejáveis da sociedade.

Nesse contexto, é imperativo que se avance na compreensão das causas e consequências dessa violência, bem como na promoção de medidas concretas para seu enfrentamento. Este artigo visa não apenas analisar a situação, mas também propor soluções que incluem a conscientização, o treinamento de profissionais de saúde, a formulação de políticas inclusivas e o apoio às mulheres que sofreram violência obstétrica. Somente abordando a complexidade dessa questão e reconhecendo seu vínculo com a necropolítica, podemos vislumbrar um futuro onde a cor da dor seja substituída por uma maternidade digna e saudável para todas as mulheres, independentemente de sua origem étnica.

Este artigo busca, assim, contribuir para a transformação de um sistema de saúde que respeite plenamente os direitos reprodutivos e a dignidade de todas as mulheres, combatendo a violência obstétrica como parte integrante de uma luta mais ampla pela justiça social e pela equidade racial na saúde.

O enfrentamento da violência obstétrica em mulheres negras requer uma abordagem abrangente, envolvendo múltiplos níveis da sociedade. A primeira etapa crucial é a conscientização e o reconhecimento do problema, tanto por parte dos profissionais de saúde quanto da sociedade em geral. É fundamental que todos compreendam a extensão dos danos causados pela violência obstétrica e reconheçam que ela é inaceitável em qualquer contexto.

Um passo adiante é o treinamento de profissionais de saúde para que sejam culturalmente sensíveis e capazes de fornecer atendimento igualitário a todas as mulheres. Isso envolve não apenas a compreensão das necessidades específicas das mulheres negras, mas também a promoção de uma cultura de respeito e dignidade no ambiente de cuidados de saúde.

Políticas e legislações eficazes desempenham um papel significativo na proteção dos direitos reprodutivos e na prevenção da violência obstétrica. Governos e órgãos reguladores de saúde devem adotar medidas que proíbam práticas abusivas e garantam o acesso equitativo aos cuidados de saúde durante a gravidez e o parto.

Além disso, é imperativo fornecer apoio psicológico adequado para mulheres que tenham enfrentado violência obstétrica. Muitas vezes, as consequências emocionais desse

trauma são profundas e duradouras, e é essencial que as mulheres tenham acesso a serviços de saúde mental que as auxiliem na recuperação.

Por último, mas não menos importante, é essencial reconhecer que a luta contra a violência obstétrica em mulheres negras é parte integrante de um esforço mais amplo pela justiça social e pela equidade racial na saúde. Isso requer um compromisso contínuo de toda a sociedade em desafiar e transformar as estruturas de poder que perpetuam a necropolítica e a desigualdade racial.

Em conclusão, este artigo destaca a urgente necessidade de combater a violência obstétrica em mulheres negras, reconhecendo sua relação com a necropolítica enquanto política do Estado brasileiro que funciona como Estado de exceção especialmente diante do aspecto racial com a interseção de raça, classe e gênero na sua constituição, enquanto parte do mundo colonial, em que as regras dos direitos e limites do Estado nunca operaram no espectro racial com a definição de limites para a capacidade genocida do Estado colonial que se perpetua ainda hoje na sua transmutação e atuação violenta em áreas periféricas racializadas (Mbembe, 2017).

Somente por meio de uma abordagem abrangente que envolva conscientização, treinamento, políticas eficazes e apoio às vítimas, podemos aspirar a um futuro onde a cor da dor seja substituída pela igualdade de acesso aos cuidados de saúde reprodutiva e pelo respeito pleno aos direitos reprodutivos de todas as mulheres. Esse é um desafio que exige a participação ativa de todos os setores da sociedade e um compromisso inabalável com a justiça e a equidade.

1 EVOLUÇÃO DA NECROPOLÍTICA

Ainda que Michel Foucault não seja o inventor do termo biopolítica, este toma contorno maior, sobretudo, com suas obras: “Em Defesa da Sociedade” (1975-1976); “História da Sexualidade” (1976); “Segurança, Território e População” (1977-1978); “Nascimento da Biopolítica” (1978-1979). Através dos seus estudos, Foucault delineou os diversos encadeamentos entre a sexualidade, o controle do corpo-organismo e controle do corpo-espécie da população; interseções entre a norma, disciplina e a biopolítica, tal como a articulação desses elementos com o mecanismo de governar, especialmente no contexto do liberalismo e neoliberalismo que se caracteriza pela subjetivação do sujeito neoliberal com base nos postulados da governamentabilidade biopolítica foucaultiana (Dardo; Laval, 2016).

Nesse sentido, por intermédio da biopolítica, Foucault delineou como o poder se desenvolve e passa conduzir a vida. Além da soberania dos territórios, é preciso pensar como

se dará o controle da população. Ou seja, diante de uma população disciplinada, é preciso definir os mecanismos para conduzi-la. Aliás, como se dará o cuidado da saúde da população? Como essa população irá se conduzir diante do poder? Essas questões são resolvidas pela biopolítica, ou melhor, pela influência do poder sobre a vida (Gadelha, 2013).

E é no seu curso “Segurança, Território e População”, que Foucault traz à baila a discussão sobre o racismo de Estado como estratégia biopolítica. Um discurso biológico social e um racismo de Estado se imbricam no poder a fim de que a população seja governada tendo por conta suas características biológicas. Esse racismo passa a ser estratégia do exercício do poder sobre o corpo social:

[...] o seguinte: primeiro, uma ou duas aulas consagradas à retomada da noção de repressão; depois começarei [a tratar] – eventualmente, prosseguirei nos anos seguintes, sei lá – esse problema da guerra na sociedade civil. Começarei por deixar de lado, justamente, aqueles que passam por teóricos da guerra na sociedade civil e que não o são absolutamente em minha opinião, isto é, Maquiavel e Hobbes. Depois tentarei retomar a teoria da guerra como princípio histórico de funcionamento do poder, em torno do problema da raça, já que é no binarismo das raças que foi percebida, pela primeira vez no ocidente, a possibilidade de analisar o poder político como guerra. E tentarei conduzir isso até o momento em que a luta de raças e luta de classes se tornam, no final do século XIX, os dois grandes esquemas segundo os quais [tenta] situar o fenômeno da guerra e as relações de força no interior da sociedade política (Foucault, 2005, p. 26).

Além disso, o discurso da “guerra de raças” serve de fundamento para dominação de uma raça por outra. Com isso, dá-se o exercício do biopoder pelo Estado com o objetivo de tornar puro o corpo social, isso acaba por justificar a eliminação e purificação de raças como forma de exercício do poder soberano. Surge a ideia de que as raças inferiores deverão ser subjugadas, eliminadas para conservar a raça superior. Tem-se, portanto, uma oposição binária entre as raças: de um lado, os puros; de outro lado, os degenerados e perigosos: “[...] um racismo que uma sociedade vai exercer sobre ela mesma, sobre seus próprios elementos, sobre os seus próprios produtos; um racismo interno, o da purificação permanente, que será uma das dimensões fundamentais da normalização social” (Foucault, 2005, p. 73).

A Medicina surge no fim do século XVIII para garantir a higiene pública, bem como para preservação da “raça superior”. Já como purificadora, a Medicina busca a melhoria do corpo social. Ocorre que não entram nessa melhoria os inferiores e degenerados, mas tão somente os que se encontram ameaçados (Gadelha, 2013).

Trazendo essas discussões para a esfera internacional, a segregação existente entre civilização e bárbaros é muito bem quista nos dias atuais. Países pobres são ameaçadores para o mundo civilizado, pois convivem com problemas já superados pelos civilizados. E torna mais

acirante ainda o fato de que países em desenvolvimento, como o Estado brasileiro, convivem com estratégias influenciadas pela biopolítica (Gadelha, 2013).

Nesse diapasão, determinados segmentos da população são mais propícios a figurarem as taxas de subjugação conforme o planejamento do próprio Estado. Daí alude à mulher negra, vista como um ser ameaçador, inferior e degenerado, mais propício à violência obstétrica. Frisa-se que violência obstétrica não é apenas física, mas toda espécie de violência psicológica, verbal, simbólica e/ou sexual, além de negligência, discriminação e/ou condutas excessivas ou desnecessárias ou desaconselhadas na gestação, parto, nascimento e/ou puerpério e até mesmo em situações abortivas.

E ao encontro disso, a Medicina, corrompida por políticas biologizantes e genocidas, acaba por contribuir, muitas vezes, e sem nenhum embasamento científico, para eliminação do inimigo do Estado, ou seja, do ser que não é puro, vulgo “a mulher negra” e, portanto, merecedora de menor proteção estatal, fruto da constante ameaça (Gadelha, 2013).

Além disso, por mais contraditório que possa transparecer a ideia de que a biopolítica se relaciona com um poder da vida e, por isso, como um poder da vida pode exercer-se contra a própria vida, é que se percebe que para manter a vida de algumas pessoas é necessário nutrir-se da vida alheia. De tal modo, o atual poder soberano se vale do racismo biológico através do novo poder biopolítico que nutre do direito de morte para sustentar o racismo de Estado (Esposito, 2010, p. 64).

Ocorre que ainda que o pensamento foucaultiano seja de grande valia, o mesmo restou-se inacabado. Quer seja pela falta de uma precisão sobre o que seria política, quer seja na indeterminação do conceito “vida”. Pensar em vida e política de formas dissociadas e, depois, buscar unir esses conceitos leva a uma incompreensão do conceito de biopolítica (Esposito, 2010, p. 70). Por isso, o presente estudo opta-se por uma noção mais atual, que é a noção da necropolítica, mais adequada ao contexto sul-americano. Isso sem desconsiderar a importância da teoria foucaultiana.

Ao contrário da biopolítica que organiza a vida por meio da morte, a necropolítica, desenvolvida pelo camaronês Achille Mbembe, remete à ideia de organização do poder voltada à produção de mortes. Ou seja, a criação de aparatos que levam à morte e que não se restringem apenas ao controle da vida. No pensamento de Achille Mbembe, entende-se por morte: morte por direito, morte pela difusão ideológica, adoção de programas que naturalizam a morte etc. Além disso, diria que a necropolítica é a junção de um estado de exceção permante, estado de

sítio e biopolítica, onde o poder político se apropria da morte como forma de gestão (Mbembe, 2016).

Desse modo, as práticas políticas criam um inimigo em um espaço político paradoxalmente legal, espaço gerido por condições mortíferas, submetido a controles mínimos de qualidade e com risco permanente de morte. Nesse contexto, a necrogovernamentalidade cria corpos sem identidades encarados nesta pesquisa como as mulheres negras vítimas de violência obstétrica. E é nesse sentido que a saúde opera necropoliticamente, visto que determina a administração de condições de saúde mortíferas a essas mulheres. Ou seja, é preciso matar no Estado brasileiro para garantir a saúde de outras pessoas. Pode-se dizer que o Brasil se encontra em constante discurso do inimigo interno pautado na lógica imunológica, ou seja, a entidade externa pode infectar a saúde de um corpo e, por isso, precisa ser combatida (Barros, 2018).

2 A (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE E A NECROPOLÍTICA

Tal exercício da necropolítica, materializado em condutas de violência obstétrica que mais assolam a mulher negra, contribui para um constante problema jurídico: a (in)efetividade do Direito Social à Saúde, que se encontra insculpido no artigo 6º e no *caput* do artigo 196, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelecem o dever do Estado de fornecer o acesso à saúde e sua universalidade.

Ora, se o Direito Social à Saúde, conforme estabelecido na própria Constituição Federal, pauta-se nos princípios da igualdade e universalidade de acesso aos serviços de saúde, há um problema jurídico, então, de efetividade do Direito Social à Saúde, visto que se depara na prática com a falta de isonomia e universalidade. Ou seja, não haverá pleno acesso ao Direito Social à Saúde se existente violência obstétrica e, mais alarmante, se essa violência mais atinge mulheres negras.

A violência obstétrica, desconhecida ainda por muitas mulheres, tem ganhado notoriedade nos hospitais e postos que deveriam zelar pelo pleno acesso ao Direito Social à Saúde. A literatura científica denomina como “violência obstétrica” aquela que acontece no período da gestação, durante o parto, no pós-parto e até mesmo em situações abortivas. Por outro lado, o acesso pleno ao Direito Social à Saúde é assegurado constitucionalmente, mas se torna inviabilizado por conta desse tipo de violência.

De tal modo, o problema ainda é mais alarmante quando se relaciona com o fato de ser mulher negra, jovem e de periferia. Nesse sentido, alguns desses estereótipos são responsáveis pela forma de como se dará o atendimento a essas mulheres estigmatizadas quando no acesso aos serviços e ações de saúde nos hospitais. Isso se justifica pelo fato de que no Estado brasileiro nunca existiu uma verdadeira democracia, visto que há uma acirrada distinção geográfica (existe democracia em alguns lugares e em outros não), isso contribui para que a mulher negra seja mais vitimizada pelos profissionais de saúde nas ações de apropriação do seu corpo e dos seus processos reprodutivos. Ou seja, essa mulher é uma ameaça ao Estado, um inimigo que merece ser combatido.

De tal modo, foi o que evidenciou a pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e Sesc, do ano de 2010, que constatou que a violência obstétrica atinge uma em cada quatro mulheres, sendo que destas 65,9% são negras (Fundação Perseu Abramo, 2010).

Além disso, o Brasil ainda não conta com uma lei federal específica sobre a violência obstétrica, conta com lei genérica estadual e respaldo constitucional do Direito Social à Saúde. Pode-se citar ainda a existência de uma portaria do Ministério da Saúde que busca a adoção do parto mais humanizado. E quiçá da tipificação do Código Penal, caso o Estado amolde a conduta ao fato típico.

E na contramão do que entende a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Governo Brasileiro emitiu um despacho para abolir políticas públicas e normas que usam o termo “violência obstétrica”: “Percebe-se, desta forma, a impropriedade da expressão ‘violência obstétrica no atendimento à mulher, pois se acredita que tanto o profissional de saúde quanto os de outras áreas não têm intencionalidade de prejudicar ou causar dano”, afirma nota do Ministério da Saúde. Com isso, observa-se a postura de viés imunológico do Estado brasileiro, visto que ao outro, estranho ao Estado, evita-se reconhecer a diferença.

3 MULHERES NEGRAS E NECROPOLÍTICA NO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE

Ainda que o Direito Social à Saúde tenha status constitucional, na prática, o que se observa são questões relacionadas com sua inefetividade, sobretudo quando se relaciona a populações vulneráveis, tais como as mulheres negras. O foco deste trabalho associa-se com o acesso ao Direito Social à Saúde por população de mulheres negras em período de pré-natal, parto, puerpério e em situações de abortamento nos hospitais e postos de saúde. De antemão, já lança a crítica de que a Constituição de 1988 não assegura fielmente o acesso ao Direito à Saúde

nesses espaços, pois não leva em consideração a incidência da necropolítica nas relações sociais. Nesse sentido:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar (Lassale, 2000, p. 40).

Desse modo, pela incoerência da constituição escrita e do poder dominante, é que se veem situações contrárias à Constituição, mais precisamente, no estudo em tela, ao acesso ao Direito Social à Saúde. Isso é materializado na violência obstétrica, que se relaciona com agressões no pré-natal, no parto e no pós-parto ou em situações de abortamento. De um modo geral, relaciona-se com tipos de violências praticadas, geralmente, por profissionais de saúde em atendimento a mulheres que se encontram em vulnerabilidade, sobretudo por medo da gravidez. Com isso, elas acabam cedendo às pressões psicológicas impostas por esses profissionais. Em suma, é uma questão de saúde pública reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS) (Tv Saúde Brasil, 2019).

Além disso, é um problema de saúde pública não apenas pelo fato da violência propriamente dita, mas por desencadear diversas outras doenças: disfunções, síndrome do pânico, transtornos psíquicos etc. E a problemática se torna maior ao passo que a violência no Poder Judiciário vem sendo interpretada como um erro médico e não como crime, visto que não existe uma tipificação da conduta na legislação. Com isso, é passível apenas ajuizar ação na esfera cível (Tv Saúde Brasil, 2019).

Alguns exemplos de violência obstétrica são: negar atendimento à mulher ou impor dificuldades no atendimento pré-natal; ofensas à mulher ou sua família, além de comentários constrangedores por sua cor, raça, etnia, idade, escolaridade, religião ou crenças, condição socioeconômica, entre outras; negligenciar atendimento de qualidade; agendar parto cesariano sem recomendação e não baseado em evidência científica atendendo aos interesses e conveniência do médico; recusa de admissão em hospital ou maternidade, impedimento da entrada do acompanhante escolhido pela mulher; procedimentos que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano de físico de grau leve a intenso; cesariana sem indicação clínica e sem consentimento; impedir ou retardar o contato do bebê com a mãe logo após o parto ou dificultar o aleitamento materno. Além disso, alguns procedimentos que podem caracterizar um parto violento: episiotomia (corte na região do períneo entre a vagina e o ânus);

uso da ocitocina (droga sintética usada para indução do parto, se aplicada sem a paciente saber e sem necessidade, pode configurar violência obstétrica); ponto do marido; manobra de kristeller (pressão na parte do superior do útero a fim de acelerar a saída do bebê, isso pode ocasionar traumas no bebê e na mãe); lavagem intestinal (não é recomendada antes do parto pela OMS); restrição de alimento e bebida; impedir que as mulheres gritem ou se expressem; impedir livre posição e movimentação durante o trabalho de parto; não oferecer métodos para alívio da dor; tricotomia sem o consentimento da mulher; não permitir a entrada de acompanhante indicado pela mulher; violência psicológica. Já em relação ao abortamento, relaciona-se com a negativa ou demora no atendimento à mulher em situação de abortamento; questionamento à mulher quanto à causa do abortamento; realização de procedimentos invasivos sem a explicação e consentimento e, frequentemente, sem anestesia; ameaças, acusação e culpabilização da mulher (Tv Saúde Brasil, 2019).

Ademais, conforme dados obtidos pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o Sesc, cerca de 25 % das mulheres brasileiras sofreram algum tipo de violência no período pré-natal ou no momento do parto. Essas agressões relacionam-se com assédio moral, negligência, violência física e até o desrespeito com a escolha e direitos da gestante. Ainda segundo esse estudo, uma em cada quatro brasileiras já sofreu violência obstétrica no Brasil (Fundação Perseu Abramo, 2010, p. 173).

Esse tipo de violência coaduna com a ideia de que no corpo são incididas as variadas estratégias de poder que servem de caminho para as diferenças, refletidos no mundo contemporâneo por meio do culto aos símbolos da saúde fisiológica e mental, do belo, da felicidade e da qualidade de vida, do trajeto e vontade de vivenciar a gestação, o parto nos corpos em jogo. O corpo serve de reduto para manifestação do poder e também como forma de resistência. Com isso, é possível verificar como as relações de poder moldam e adestram os corpos do mundo moderno (Foucault, 2000).

Por outro lado, mulheres negras costumam sofrer mais violência obstétrica pelo fato de serem mais discriminadas na sociedade. Isso também é questão da interseccionalidade ou teoria interseccional: discriminação por ser mulher, discriminação por ser negra e discriminação por ser pobre:

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras (Crenshaw, 2002, p. 07).

Isso é o que evidenciou o estudo “A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil”, no qual demonstrou um atendimento menos satisfatório à população de mulheres negras:

As variáveis selecionadas para o pareamento na construção do escore de propensão mostraram grandes disparidades sociais e econômicas entre as mulheres segundo a raça/cor. Ainda assim, depois de equiparadas quanto a todas essas características, foram verificados piores indicadores de atenção pré-natal e parto nas mulheres de cor preta e parda, em comparação às brancas. Mulheres pardas e pretas sofreram menos intervenções obstétricas no parto que as brancas; no entanto as pretas receberam menos anestesia local quando submetidas à episiotomia. Apesar de pardas e pretas possuírem similaridades, a adequação do pré-natal e vinculação à maternidade para as mulheres pretas se mostrou pior (Leal *et al.*, 2017, p. 5-6).

Nesse sentido, observa que as mulheres negras em decorrência dos atos discriminatórios diários e resistência dos corpos invisíveis ainda não sabem produzir um desfecho digno face aos capturadores dos seus corpos. De tal modo, no ato do parto elas se veem encarceradas diante da sua vida e direitos de personalidade.

É nesse contexto que entram a população de mulheres negras vítimas de violência obstétrica no acesso ao Direito Social à Saúde nos hospitais e unidades básicas de saúde, personificadas em suas vidas nuas que não cabem mais dentro da cidade, e não são integradas dentro da democracia. Por isso, não podem conviver com os outros. Isso toma mais evidência quando se percebe que além de ser mulher, ser negra, pesa mais no acesso ao Direito Social à Saúde nos hospitais/maternidades, porque o racismo é estrutural: “em larga medida o racismo é o motor do princípio necropolítico” (Mbembe, 2017, p. 65).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo lançou luz sobre a questão complexa e urgente da violência obstétrica enfrentada por mulheres negras, destacando sua relação intrincada com a necropolítica e suas implicações para o direito à saúde reprodutiva, especialmente no contexto brasileiro. Tornou-se evidente que a cor da dor, vivenciada por essas mulheres durante o ciclo reprodutivo, não é apenas uma questão de saúde individual, mas também um reflexo das profundas desigualdades sociais, raciais e de gênero que permeiam nossa sociedade.

A análise da violência obstétrica sob a lente da necropolítica revela como o Brasil, historicamente marcado por forte desigualdades sociais, raciais e regionais e por sistemas de

saúde frágeis e políticas públicas inadequadas, contribui para a vulnerabilidade e a marginalização das mulheres negras, isto sem desconsiderar a importância de manutenção do SUS explicitada no último genocídio pandêmico vivido pelo país como política pública universal e essencial defendendo esse sistema contra arroubos neoliberais, pois sempre as maiores vítimas são pessoas negras e indígenas. A necropolítica, como estratégia de controle social que relega grupos específicos à morte ou à precariedade, encontra eco nas experiências das mulheres negras que, durante o período pré-natal, parto e pós-parto, enfrentam abusos, negligência e desrespeito por parte de profissionais de saúde e instituições, o que exige fortes políticas educacionais voltadas para os profissionais da saúde com promoção a partir das várias esferas governamentais e de movimentos sociais que possam rediscutir e reorientar essa questão em prol da defesa e efetivação dos direitos humanos fundamentais dentro de um eixo suleante da interseccionalidade e do meio ambiente do trabalho.

Não obstante, é importante destacar que o Brasil também é palco de movimentos de resistência e mudança. A luta das mulheres negras e dos defensores dos direitos reprodutivos tem ganhado força, demandando transformações profundas na abordagem da saúde materna. Políticas públicas, treinamento médico e conscientização pública estão começando a se ajustar à necessidade de respeitar integralmente os direitos reprodutivos e a dignidade das mulheres negras.

Nesse contexto, é fundamental enfatizar a necessidade premente da efetividade do direito à saúde. O direito à saúde não pode ser meramente uma promessa vazia; deve ser uma realidade tangível para todas as mulheres, independentemente de sua origem étnica. Isso exige ações concretas, políticas públicas sensíveis à questão racial, treinamento médico adequado e uma mudança profunda na cultura institucional de saúde.

No entanto, para que o direito à saúde seja verdadeiramente efetivo, é igualmente vital que confrontemos a questão da necropolítica em todas as esferas da sociedade brasileira. A lógica de que as vidas das mulheres negras são dispensáveis persiste, refletindo-se nas estatísticas alarmantes de mortalidade materna e nas experiências traumáticas enfrentadas por essas mulheres em suas jornadas reprodutivas.

Para avançar rumo a uma sociedade mais justa e equitativa, é imperativo que todos os segmentos da sociedade brasileira se unam nessa luta. Devemos reconhecer a violência obstétrica como um problema de saúde pública e como uma manifestação da necropolítica que permeia nosso país. Somente quando a cor da dor for substituída pela coragem da transformação e pela firmeza no compromisso com a igualdade, o respeito e a efetividade do direito à saúde,

poderemos construir um futuro onde todas as mulheres, independentemente de sua origem étnica, tenham acesso a uma maternidade segura e digna. Este é o desafio e a responsabilidade que recaem sobre nós em nome da justiça social e da igualdade no direito à saúde no Brasil a partir do reconhecimento e combate das várias formas de violência estruturais, simbólicas e institucionais vigentes em nossa sociedade; reorientando nossas premissas e critérios de orientação de nossa práxis em prol dos direitos fundamentais inscritos na constituição de 1988 de forma disruptiva e insurgente reorientando os modelos necropolíticos hegemônicos ao longo de nossa história.

REFERÊNCIAS

- BARROS, João Roberto. O racismo de estado em Michel Foucault. **R. Inter. Interdisc. Interthesis**, Florianópolis, v. 15, n. 1, p. 1-16, abr. 2018.
- CRENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Rev. Estud. Fem.**, v. 10, p. 1, p. 171-188, 2002.
- DARDOT, P.; LAVAL, C. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.
- ESPOSITO, Roberto. **Bios**: biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições 70, 2010.
- FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, M. **História da sexualidade**: o cuidado de si. São Paulo: Graal, 2005.
- FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. 16. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010. Disponível em: https://apublica.org/wpcontent/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesqui_saintegra.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.
- GADELHA, Sylvio. **Biopolítica, governamentalidade e educação**: introdução e conexões, a partir de Michel Foucault. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LEAL, Maria do Carmo *et al.* A cor da dor: iniquidades raciais na atenção pré-natal e ao parto no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, 2017.
- MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Lisboa: Antígona, 2017.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2016.
- MBEMBE, Achille. **Políticas da inimizade**. Lisboa: Antígona, 2017.
- TV SAÚDE BRASIL. **Violência obstétrica** – Tv Cultura, 2019. 1 vídeo (26 min). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=RLsVYUh_NfM. Acesso em: 22 jul. 2020.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A VEDAÇÃO DA CRUELDADE: O DESAFIO DA PROTEÇÃO ANIMAL NAS ÚLTIMAS DÉCADAS

Karla Vieira¹

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 inovou em matéria de proteção ambiental, especialmente no tocante ao direito animal. Ao longo dos trinta e cinco anos de sua promulgação, diversos debates acerca dos direitos dos animais não-humanos foram realizados nos mais diferentes aspectos, acarretando a existência de diversas leis infraconstitucionais e precedentes jurisprudenciais sobre o tema. Com isto em mente, o intuito do presente trabalho acadêmico é examinar as modificações trazidas pela CFRB/88 e seus reflexos no ordenamento jurídico, a fim de evidenciar se houve (ou não) significativa evolução na proteção animal e se a normativa que regulamenta a experimentação animal com fins didáticos e científicos atende aos preceitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: direito animal; Constituição Federal; proteção dos animais não-humanos; vedação da crueldade.

INTRODUÇÃO

A utilização de animais não-humanos em experimentos científicos e didáticos é regulamentada, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei n. 11.794/2008 (comumente chamada de Lei Arouca). A normativa intensificou os debates acerca dos direitos dos animais não-humanos e, frente à senciência animal, indaga-se se esta apresenta violação aos princípios constitucionais referentes à proteção ambiental.

Destarte, o presente trabalho acadêmico visa examinar as disposições constitucionais acerca do direito ambiental e direito animal, bem como a evolução das normas infraconstitucionais e precedentes jurisprudenciais acerca da temática para concluir se houve efetiva mudança na proteção animal no ordenamento jurídico, em especial se a Lei Arouca é constitucional e busca a proteção dos direitos animais relativa à utilização de animais não humanos em pesquisas na indústria farmacêutica e cosmética, considerando a vedação da crueldade, a proibição do retrocesso ambiental e a dignidade da pessoa humana previstas na Constituição Federal de 1988.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

Para tanto, realizar-se-á pesquisa bibliográfica e emprego de documentação indireta através do método dedutivo, examinando-se em um primeiro momento as previsões constitucionais, em seguida as leis infraconstitucionais e importantes julgados dos tribunais superiores, para então examinar a Lei Arouca e suas controvérsias.

1 A PROTEÇÃO ANIMAL CONFORME PREVISÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 é inovadora em diversos aspectos, em especial no âmbito do direito animal, pois “inovou, superando, inclusive, as Constituições estrangeiras mais recentes (Bulgária, art. 31; ex-URSS, art. 18; Portugal, art. 66; Espanha, art. 45) no que concerne à proteção ambiental” (Trennepohl, 2020).

Do exame dos textos constitucionais anteriores, tem-se que “foi possível sair “do estágio da miserabilidade ecológica constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para outro, que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológica constitucional”, tendo em vista que a CRFB/88 aponta capítulo próprio ao meio ambiente, indicando regime constitucional que se dedica, em vários aspectos, à gestão de recursos ambientais (Sirvinskas, 2020).

De toda sorte, percebe-se notável destaque e proteção ao meio ambiente, prevendo pela primeira vez a expressa proteção da fauna e da flora (Medeiros; Weingartner Neto; Petterle, 2016). Tal previsão se verifica no art. 255 da CFRB/88, o qual preceitua que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Destarte, da leitura do dispositivo alhures transcrito, depreende-se “o dever, tanto do Estado (enquanto tarefa estatal) quanto da coletividade (enquanto dever fundamental) de prestar proteção ambiental” (Medeiros, 2013).

Nesta esteira, ao dispor “o meio ambiente como um bem jurídico passível de tutela, o constituinte delimitou a existência de uma nova dimensão do direito fundamental à vida e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana”. Desta feita, ao dispor que todos possuem direito ao meio ambiente equilibrado, não particularizando um indivíduo específico como detentor de tal direito, a CFRB/88 alarga a abrangência da norma jurídica e cria um direito subjetivo *erga omnes*, inerente a cada pessoa humana – e, assim, verifica-se que a norma constitucional tem viés antropocêntrico, vez que o meio ambiente seria do homem e para o

homem e sua destruição amplamente conhecida prejudica a observância plena do direito de existência digna dos seres humanos (Medeiros; Weingartner Neto; Petterle, 2016).

Tal viés antropocêntrico se exemplifica no entendimento de TRENNEPOHL, 2020, no sentido de que “o direito à vida, assegurado como direito fundamental, inclusive enquanto princípio do Direito Ambiental, e garantido pela dignidade da pessoa humana, ganha substancial reforço quanto ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Assevera o autor, assim, que são direitos que se complementam de forma mútua (Trennepohl, 2020).

Não obstante, no referente ao direito animal, a CRFB/88 demonstra preocupação em regulamentar a caça e a pesca, mas ocasiona divergências sobre o conceito de fauna; Rodrigues salienta que há entendimento no sentido em que a intenção protetiva do constituinte abarca tão somente animais silvestres e peixes e, por outro lado, há consideração de que o conceito constitucional de fauna abrange os animais em sua mais ampla concepção. Ou seja, a conceituação de fauna abrangeria desde os animais silvestres aos aquáticos, nativos da fauna brasileira ou não, desde que estejam no território brasileiro (Rodrigues, 2012).

Cabe destacar que, embora o texto constitucional preveja a proteção animal de forma ampla, os animais não-humanos são vistos pelo ordenamento jurídico de distintas formas, a exemplo do tratamento jurídico dispensado aos animais pelo Código Civil, regulado sob o regime de posse e propriedade, bem como da previsão de bens difusos de propriedade da União, abrangendo os animais silvestres em seu habitat natural (Rodrigues, 2012).

Isto é, ao passo em que a CRFB/88 reconhece e estabelece o valor intrínseco dos animais não-humanos, assegurando-lhe direito à integridade física e liberdade, o restante do ordenamento jurídico brasileiro segue lógica ultrapassada e conservadora, à parte do reconhecimento da senciência animal e das modificações promovidas na relação social para com os animais, tratando-os meramente como coisas (Medeiros; Weingartner Neto; Petterle, 2016).

Não obstante tal diferença de tratamento jurídico e a divergência da amplitude do conceito de fauna adotado pela CFRB/88, tem-se que esta priorizou a “função ecológica da fauna” em face dos animais não-humanos considerados individualmente; estes somente vão possuir destaque especial no parágrafo primeiro do art. 225, no qual se prevê tratamento ético aos animais, vedando-lhes a crueldade (Silva; Vieira, 2014).

Ou seja, “o núcleo da proteção jurídica dos animais está centrado no inciso VII do art. 225 de nossa Constituição”, vez que “expressamente proíbe a crueldade contra animais”

(Rodrigues, 2012). Percebe-se, aliás, “terminologia constitucional dicotômica: fauna para se referir aos animais pelo seu valor instrumental e pela sua função ecológica; animais para se referir ao seu valor intrínseco”, que não se trata de contrassenso ou contradição, pois ao reconhecer o valor intrínseco dos animais, a CFRB/88 limita o valor instrumental e estabelece que o uso de animais não-humanos deve se dar de forma legítima, respeitando seu valor e dignidade (Ataide Junior, 2020).

De mais a mais, da leitura de tal dispositivo se vislumbra o reconhecimento da sentiência animal por parte da Constituição Federal de 1988, “haja vista somente aquele que sente poder ser submetido a qualquer tipo de crueldade”, o que caracteriza certo zelo com a prática de responsabilidade (Medeiros; Weingartner Neto; Petterle, 2016). Ou seja, “a sentiência animal é juridicamente valorada, quando posta em confronto com as interações e atividades humanas, pela positivação da regra fundamental do Direito Animal contemporâneo” (Ataide Junior, 2018), a vedação da crueldade para com os animais.

Outrossim, a tutela jurídica dos animais surge do reconhecimento da sentiência, da qual decorre a imprescindibilidade da proteção dos animais não-humanos contra a crueldade e (Lourenço; Oliveira, 2019):

Por esta razão é que o comando constitucional, expresso no art. 225, §1º, VII, traduz uma pré-compreensão axiológica do legislador constituinte no sentido de estabelecer uma clara limitação ao uso dos animais. Traduz um mandamento proibitivo expresso da crueldade e, a despeito de crueldade consistir em um conceito jurídico indeterminado, o fato é que é uma regra e não um princípio constitucional. Assim é que todas as formas de uso que importarem em causação de crueldade devem ser tidas como ilícitas, inconstitucionais, não importa sua motivação [...] não há tecnicamente ponderação a ser feita. A vedação constitucional traduz regra com mandamento definitivo no sentido de proteger os animais contra a crueldade [...] (Lourenço, Oliveira; 2019).

Portanto, “da regra constitucional da proibição da crueldade – e dos princípios que também emanam do mesmo dispositivo constitucional, como o princípio da dignidade animal e o princípio da universalidade – é que exsurge o direito fundamental animal à existência digna”. Aponta Ataíde Junior (2018) que este direito pode ser considerado como direito fundamental zoocêntrico, integrante em nova dimensão dos direitos fundamentais: quarta ou sexta dimensão, de direitos pós-humanistas.

Através da análise atenta do parágrafo primeiro do art. 225 da CFRB/88, tem-se que este aponta um ideal biocêntrico em contrapartida ao viés antropocêntrico percebido em primeira leitura do texto constitucional, porquanto há preocupação com a harmonia da relação

humana com a biota, tido como único meio de alcançar o meio ambiente equilibrado assegurado como direito pelo constituinte (Medeiros; Weingartner Neto; Petterle, 2016).

Em outras palavras, de tal dispositivo se obtém a ideia de que “o homem quando subvaloriza a crueldade com os animais, e lhes impõe sofrimento inútil e desnecessário, nega a si próprio o valor de integração ao seu meio”, inviabilizando a harmonização e equilíbrio do meio ambiente (Neme; Toledo, 2018).

Não obstante, encontra-se dificuldade na conceituação de “crueldade”, destacando-se que “o conceito de crueldade é normativo, quer dizer, demanda uma interpretação valorativa ou um juízo de valor acerca da situação de fato”; mas, embora impreciso e normativo, tal conceito não está necessariamente ligado à noção de dor física ou psíquica, de modo que “o conceito de crueldade é mais abrangente do que o conceito de sofrimento, para abranger, também, outras situações, como a de danos existenciais” que não originem sofrimento físico imediato (Ataide Junior, 2020).

Ou seja, a crueldade, apesar de sua imprecisão conceitual, possui um núcleo de sentido que permite identificar comportamentos e condutas como abuso e atos cruéis, justificando a adoção de práticas que protejam os animais não-humanos independente da demonstração de sofrimento físico ou de exposição ao risco, bastando o sentimento de reprovação e censura da prática em questão (Ataide Junior, 2020).

É por isto que, em que pese a notável e respeitável introdução de nova tutela jurídica dos animais não-humanos pela CRFB/88, tem-se que a indefinição do conceito de crueldade acaba por prejudicar a efetividade da norma por depender da forma com que é interpretada – e, nos tribunais pátrios, a interpretação toma contornos casuísticos bem como é limitada por questões socioeconômicas e culturais, aceitando-se como lícitas algumas práticas que se entendem cruéis (Rodrigues; Palar; Cardoso, 2017), conforme se aprofundará adiante.

2 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E JURISPRUDÊNCIA RELATIVA À UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS NÃO-HUMANOS EM ATIVIDADES ESPORTIVAS, CULTURAIS E DE ENTRETENIMENTO

Verificou-se alhures que a CRFB/88 reservou especial atenção ao meio ambiente, determinando a adoção de tratamento ético e livre de crueldade aos animais não-humanos. Não obstante, a legislação infraconstitucional não acompanhou o intuito do constituinte na proteção do meio ambiente e dos animais não-humanos, conforme se evidenciará adiante.

No entender de Rodrigues (2012), a CFRB/88 demonstrou a necessidade de apoio do direito penal a fim de normatizar as sanções penais que seriam aplicáveis aos indivíduos que ameaçassem ou lesionassem a fauna e a flora; neste norte, sobreveio a Lei n. 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, a qual:

[...] define os crimes ambientais, tutela direitos básicos dos animais, independente do instituto da propriedade privada e prevê, dentre os seus oitenta e dois artigos, nove artigos que constituem tipos específicos contra a fauna. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas resultantes das atividades lesivas ao ambiente. As condutas consideradas criminosas contra os direitos dos Animais estão descritas nos arts. 29 ao 37, onde estão previstos os crimes dolosos bem como a modalidade culposa (Rodrigues, 2012).

Em específico sobre a proteção da fauna, há uma lei voltada especificamente para sua proteção, que “deveria, portanto, ser o verdadeiro arcabouço normativo da tutela dos animais. Trata-se da Lei n. 5.197/67”; todavia, Abelha Rodrigues (2017) compreende que tal legislação serviu mais para normatizar o exercício da caça no território brasileiro do que proteger os animais não-humanos, pois ao estabelecer que os animais silvestres são propriedade do Estado, dá a impressão de que haverá proteção, mas em verdade apenas dispõe as modalidades de caça autorizadas pela Administração Pública. Por tal razão, a referida lei é chamada de Código de Caça.

Na mesma linha de suposta proteção aos animais, mas estímulo à caça e a pesca, ainda em 1967 sobreveio o Decreto-Lei n. 221, a qual “tratou de cuidar dos animais aquáticos e disciplinar a atividade de pesca” (Rodrigues, 2017). Em tal diploma “é nítido o enfoque econômico e a pouca preocupação com a flora enquanto animal vivo, e não apenas como recurso ambiental”, de modo a falhar na proteção dos animais objeto da atividade que a lei regula (Medeiros, 2013).

A legislação infraconstitucional acerca da caça e da pesca de animais evoluiu significativamente com a entrada em vigor da Lei n. 7.643/87, pois restou proibida a pesca ou qualquer forma de lesionamento intencional de qualquer espécie de cetáceos (baleias e golfinhos, a exemplo) nas águas brasileiras, fato que possibilitou o retorno de diversas espécies ao litoral brasileiro, demonstrando o intuito protetivo da normativa. Não bastasse, com a Lei n. 7.679/88 se estabeleceu a “proibição da pesca em determinados locais e determinadas situações específicas, tais como pescar em cursos d’água nos períodos migratórios para reprodução”, além de proibir a pesca com explosivos, substâncias tóxicas, em locais interditados, sem licença

ou autorização do órgão competente e em outras situações, aumentando a proteção aos animais não-humanos contra a pesca e a caça (Medeiros, 2013).

Em que pese inexistir norma em âmbito federal que proíba a utilização de animais não-humanos em circos e espetáculos congêneres, a discussão acerca do tema não é recente, tendo inclusive sido objeto de ação civil pública promovida no Paraná para obstar tal utilização. Na ação civil pública movida contra o Circo Rodeio Pop Star, o Ministério Público argumentou que “os animais são submetidos a maus-tratos e a estrutura do circo é precária, o que representa risco iminente aos espectadores” e que, “como ocorre em outros casos de exposições circenses, estão em permanente situação de sofrimento”, apenas realizando os truques do espetáculo em razão de cruel adestramento (Sirvinskas, 2020).

Importante destacar que houve também a aprovação da Lei n. 10.220/2001, a qual atribuiu aos peões de rodeio e laçadores em vaquejadas o título de “atletas profissionais”, e a Lei n. 10.510/2002, autorizadora do uso de sedém macio e esporas rombas nos animais de montaria; ambas as leis, segundo Levai, são favoráveis aos rodeios e indiscutivelmente permissivas de comportamento cruel com os animais não-humanos. Para o referido autor, “o fato de determinada atividade ser considerada esportiva não a isenta de observar a norma constitucional anticrueldade”, disposta no art. 225 da CRFB/88, razão pela qual tais diplomas seriam inconstitucionais (Levai, 2017).

Na mesma linha crítica, Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016) compreendem que ambas as leis possuem “abordagem nitidamente antropocentrada, cuja preocupação é a regulação na atividade de lazer no qual o animal humano demonstrará a sua destreza sobre o animal não-humano”, e de forma secundária na exposição à crueldade, ignorando que o animal acabará molestado de qualquer forma.

Compete destacar que tais normativas sobrevieram ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 153.531, de Santa Catarina, no ano de 1998, o qual analisou a constitucionalidade da Farra do Boi, vez que a questão “estava envolta em uma aparente colisão entre o direito ao pleno exercício de direitos culturais e a vedação de crueldade para com os animais” (Medeiros; Weingartner Neto; Petterle, 2016). O recurso foi provido para obstar a prática no estado catarinense, sendo que o relator foi “capaz de atentar para a situação dos animais não-humanos na farra do boi e considerá-la inconstitucional devido à crueldade imposta. Seu voto contrário à prática foi acompanhado pelos demais ministros, à exceção do Ministro Maurício Corrêa” (Rodrigues; Palar; Cardoso, 2017).

Tal decisão foi invocada como precedente no julgamento acerca da constitucionalidade das vaquejadas na ADI 4.983/CE, vez que neste foi considerado que “o direito à proteção à fauna ficou em primazia à direitos culturais”; e, no caso da vaquejada, há imposição de consequências nocivas à saúde dos bovinos, situação incompatível com a norma constitucional; além disso, sendo ônus do Estado proteger a fauna, deve aplicar todos os esforços para tanto pois está diante de norma de caráter programático. Logo, da mesma forma que a farra do boi viola a CRFB/88, a vaquejada também o é (Lima, 2018).

Neste acirrado julgamento, “ainda que repleto de contrastes de opiniões, acabou fixando a premissa maior de que mesmo a cultura tem limites na regra da proibição da crueldade aos animais”, sendo que o viés antropocêntrico do ordenamento jurídico deu lugar “à perspectiva zoocêntrica (ou biocêntrica, na visão do Ministro Lewandowski), com os animais percebidos como seres sencientes, portadores de um valor moral intrínseco (Ministro Luís Roberto Barroso) e dotados de dignidade própria (Ministra Rosa Weber)” (Ataide Junior, 2018).

Em que pese o importante julgamento, no mesmo ano de sua ocorrência sobreveio a Emenda Constitucional n. 96, a qual dispôs que não se consideram cruéis as práticas esportivas que utilizem animais não-humanos, desde que classificadas como manifestações culturais, bens de natureza imaterial do patrimônio brasileiro. Para Lima, tal emenda “abre portas não somente para a vaquejada e rodeios, mas também para o uso e matança de animais em cultos religiosos” (Lima, 2018).

Ademais, tal aprovação denota que a norma constitucional protetiva aos animais é aplicada a depender de quem os utiliza e para qual finalidade; no caso da farra do boi, e outras modalidades esportivas apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, “práticas realizadas por minorias sociais que confrontam os valores da sociedade, a norma anticrueldade é considerada. Todavia, no caso das vaquejadas, em que o emprego dos animais implica lucratividade para determinados setores, essa norma é afastada” (Rodrigues; Palar; Cardoso, 2017).

De toda sorte, acredita-se que a Emenda Constitucional n. 96 se caracteriza como retrocesso em matéria de direitos fundamentais, os quais também abrangeriam a dignidade da vida não-humana, vedado por cláusula pétrea (art. 60, § 4º da Constituição Federal) (Lima, 2018).

No mesmo norte crítico, Borges e Godilho (2018) consideram que a emenda é manifestamente inconstitucional, pois o constituinte originário demonstrou a preocupação em proibir os atos de crueldade com os animais não-humanos e, ao institucionalizar práticas cruéis

sob o título de manifestação cultural através da emenda, houve extrapolação do limite material do poder constituinte derivado. Para Beninca e Diniz (2021), a Emenda Constitucional n. 96:

[...] não é capaz de levar à constitucionalidade a realização de práticas que ensejam maus tratos e crueldade a animais, visto que contraria aquele núcleo duro de direitos fundamentais (cláusulas pétreas), dos quais, indubitavelmente, faz parte a proteção ao meio ambiente (do que se destaca a proteção à fauna, à flora, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presente e futuras gerações), ainda que envolva discussão outro valor essencial como a cultura.

Importante mencionar que a constitucionalidade da referida emenda está sendo questionada perante o Supremo Tribunal Federal através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.728 e 5.772, ainda não julgadas pela Suprema Corte, nas quais se fundamenta que “o núcleo essencial do direito ao meio ambiente equilibrado, na modalidade de submissão aos animais a tratamento cruel, além de ofender o art. 60, § 4º, inciso IV, que inclui o direito fundamental de proteção aos animais”. Outrossim, caso a Suprema Corte mantenha o entendimento já firmado nos supracitados julgamentos das vaquejadas e farra do boi, deve ser declarada inconstitucional a Emenda Constitucional n. 96 (Matos Júnior, 2021).

Expostos os fundamentos e posicionamentos existentes no ordenamento jurídico acerca da proteção constitucional aos animais não-humanos, passa-se a examinar a (im)possibilidade de declaração de inconstitucionalidade da lei infraconstitucional que trata da experimentação animal com fins didáticos e científicos.

3 A REGULAMENTAÇÃO DA EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL ATRAVÉS DA LEI AROUCA: UMA REFLEXÃO SOBRE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Em um primeiro momento, cabe esclarecer que a utilização de animais não-humanos com fins didáticos e científicos não é fato recente na sociedade humana, tendo em vista que relatos históricos apontam a realização de experimentação animal por Hipócrates, “o pai da medicina”, bem como na Idade Média, período em que a dissecação de corpos humanos era proibida, mas a dos animais permitida, pois estes não seriam providos de alma (Menezes; Freire; Guimarães, 2016).

No ordenamento jurídico brasileiro, a experimentação animais com fins didáticos e científicos é regulada pela Lei Arouca (Lei n. 11.794/08), “que regulamentou o inciso VII do § 1º do art. 225 da CF, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais”. Este diploma “a criação e a utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa científica, em

todo o território nacional”, dispondo que “a utilização de animais em atividades educacionais fica restrita: a) aos estabelecimentos de ensino superior e b) aos estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica” (Sirvinskas, 2020).

Para que tais estabelecimentos possam realizar os experimentos com animais, deverão estar credenciados junto ao Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA) bem como possuir ao menos uma Comissão de Ética no Uso de Animais (CEUA), conforme previsto no art. 13 da Lei n. 11.794/08. O diploma também abrange disposições acerca das condições de criação e uso às quais os animais não-humanos deverão ser submetidos, assinalando expressamente que só poderá figurar nos procedimentos científicos e didáticos quando “antes, durante e após o experimento, receber cuidados especiais, conforme estabelecido pelo CONCEA” (art. 14, *caput*).

Além disso, dispõe a eutanásia do animal como medida excepcional a ser realizada sempre que for tecnicamente indicada ou quando o animal estiver exposto à intenso sofrimento, estabelecendo ainda que todas as intervenções que puderem ocasionar dor ou angústia deverão ser realizadas com sedação ou anestesia do animal, sendo expressamente proibido o uso de bloqueadores neuromusculares e/ou relaxantes musculares ao invés da anestesia ou sedativo.

Não bastasse, o número de animais e o tempo de duração da intervenção deverão ser o mínimo possível, apenas o suficiente para obter resultado conclusivo, “poupando-se, ao máximo, o animal de sofrimento”.

Cabe destacar ainda que a Lei Arouca trouxe alguns outros avanços em sua redação, tal qual a obrigatoriedade de presença de médico veterinário responsável pelos experimentos e a possibilidade de utilização de filmagem e fotografia dos procedimentos a fim de evitar a repetição desnecessária de didática de ensino (art. 14, § 3º e art. 9º) (Cervi; Cervi, 2019).

Não obstante a existência de avanços promovidos pela Lei Arouca em matéria de proteção animal, permanece visível “o propósito da lei em reafirmar a experimentação animal em um contexto de pleno envolvimento dos cientistas em promover os métodos alternativos de testes”.

Assim, embora seja conhecida a eficácia de métodos alternativos, a Lei Arouca “surgiu para legalizar as práticas cruéis em desconformidade com as exigências contemporâneas de reforma do pensamento” (Cervi; Cervi, 2019).

No mesmo norte crítico é o entendimento de Ventura e Passos (2015), que destacam que a Lei Arouca é um retrocesso pois, além de não considerar o real sentimento dos animais não-humanos, induz à visão comum de que a vivissecção é um procedimento comum e necessário,

aceito sem maiores questionamentos. Não bastasse, a fiscalização nela determinada seria uma “falácia” e, assim, a normativa serviria apenas para beneficiar o meio científico.

O caráter falacioso da Lei Arouca também é apontado por Albuquerque e Medeiros (2014) ao questionarem “como pode uma lei que regulamenta o uso de animais na pesquisa e no ensino, ou seja a exploração animal, estar de acordo com o que dispõe a Constituição Federal que, expressamente veda a crueldade animal?”.

Adiante, a Lei Arouca sofre intensas críticas por dispor a eutanásia do animal utilizado no experimento didático ou científico como medida excepcional a ser realizada sempre que for tecnicamente indicada ou quando o animal estiver exposto à intenso sofrimento – e, neste ponto, Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016) questionam o que se entende por “intenso sofrimento” e quais são seus parâmetros para averiguação.

Ainda, Alvim (2010) também critica a subjetividade do conceito de intenso sofrimento, considerando que existe “ampla falta de critério para efetivação da morte, o que, evidentemente, é um fator que dá margem para pretensas arbitrariedades e, mais uma vez, inviabiliza a proteção dos animais utilizados”. Assim, a eutanásia constitui problema ético-jurídico na medida em que conflita com a vedação constitucional à crueldade e ao reconhecimento do animal não-humano como indivíduo. A referida autora conclui que:

O princípio da não-crueldade expressa os valores inerentes e relacionados à existência digna, atributos que os animais não-humanos têm e que, mesmo com benefícios podendo ser extraídos da sua violação, devem ser preservados em grau de superioridade. [...] As implicações práticas dessa percepção constitucional no que tange a nova lei sobre experimentação – a Lei Arouca – é que como essa não considera concepções da CF e e/ou retrocede nelas, em muitos momentos, deve ser, assim, aplicada restritivamente, ou seja, só em referência àquilo que não contradiz a norma constitucional (Alvim, 2010).

A constitucionalidade da Lei Arouca também é questionada sob o fundamento de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto o constituinte, ao dispor o meio ambiente como bem jurídico passível de tutela, transformou-o em direito fundamental, conforme destacam Medeiros, Weingartner Neto e Petterle (2016); outrossim, “toda a matéria relacionada, direta ou indiretamente, com a proteção do ambiente, projeta-se, portanto, no domínio dos direitos fundamentais”.

Desta maneira, consoante o entendimento do Min. Néri da Silveira no julgamento do Recurso Extraordinário n. 153.351 de Santa Catarina acerca da inconstitucionalidade da farra do boi:

[...] os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional [...].

No mesmo caminho é o entendimento do Min. Celso de Mello no relatório da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856 do Rio de Janeiro, que versa sobre a rinha de galos, ao afirmar que a Constituição Federal de 1988 “objetivou, com a proteção da fauna e com a vedação, dentre outras, de práticas que submetam os animais a crueldade, assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente”.

Na mesma linha de pensamento é o voto do Min. Gilmar Mendes proferido no julgamento da ADPF n. 640, que versa sobre o abate dos animais resgatados em situação de maus-tratos, ao dispor que “há um círculo vicioso de exploração e crueldade contra os animais que culmina com a sua extinção” e, com relação ao princípio da vedação da crueldade, ocorre frequentemente “a instrumentalização da norma de proteção constitucional à fauna e de proibição de práticas cruéis, com a adoção de decisões que violam o art. 225, §1º, VII, da CF/88, invertendo a lógica de proteção dos animais”.

Outrossim, Alvim (2012) considera que há divergência entre a CRFB/88 e as disposições da Lei Arouca, mas que esta pode ser solucionada “partindo-se da norma constitucional que proíbe a crueldade, estipulada no art. 225, § 1º, inciso VII, em que o constituinte veta, sem relativismos, a submissão dos animais à crueldade”, de modo que “fica evidente que o intérprete em um papel negativo à exercer, ou seja, deve aplicar a Lei Arouca com ressalvas”. Em outras palavras, por não considerar concepções instituídas na Constituição Federal de 1988, a Lei Arouca deve ser aplicada e interpretada restritivamente, apenas em referência àquilo que não contradiz a norma constitucional.

Ainda como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade da Lei Arouca, Correia (2013) destaca o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em especial do voto do Min. Lewandowski no julgamento da ADI n. 1.856/RJ (sobre as rinhas de galos), no sentido de que “quando se trata cruelmente ou de forma degradante um animal, na verdade está-se ofendendo o próprio cerne da dignidade humana”.

Dito de outro modo, para plena observância do princípio da dignidade da pessoa humana seria preciso transpassar o conceito de espécies e estender o direito de vida digna aos animais não-humanos, considerando-os como integrantes da coletividade e do meio ambiente e, assim, atingindo o equilíbrio que visou o constituinte ao dispor da proteção ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado – havendo, portanto, estreita conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção ambiental prevista constitucionalmente (Titan, 2021).

Por todos estes fundamentos, verifica-se que há necessidade de declaração de inconstitucionalidade da Lei Arouca, por violar expressamente a vedação da crueldade disposta no texto constitucional, bem como a dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – e, assim, demonstra-se que em matéria de proteção animal, o caminho a percorrer ainda é extenso.

CONCLUSÃO

Através do presente trabalho acadêmico, ao examinar as disposições constitucionais acerca da proteção dos animais não-humanos e a evolução da legislação infraconstitucionais, evidenciou-se que, em que pese a CFRB/88 tenha trazido significantes alterações em matéria de direito ambiental e animal, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que os direitos animais sejam efetivamente protegidos e garantidos na ordem jurídica brasileira.

Isto porque o caráter antropocentrista e monetarista ainda se afigura presente nas normas jurídicas e condutas sociais, sendo necessária a mudança de paradigmas para reconhecer que os animais não-humanos são, além de sencientes, dignos de respeito e acolhimento, cujo direito à vida digna e integridade física devem ser garantidos em detrimento dos interesses patrimoniais da sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Letícia; MEDEIROS, Fernanda. Lei Arouca: legítima proteção ou falácia que legitima a exploração? *In: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 2., 2014, Florianópolis, SC. **Anais [...]**. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2014.
- ALVIM, Mariana Spacek. A experimentação animal na nova Lei 11.794/08 à luz da interpretação conforme a Constituição. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, 2010.
- ALVIM, Mariana Spacek. **Bioética e direito**: uma avaliação normativa da utilização de animais não-humanos e da experimentação animal. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Direito Animal e Constituição. **Revista Brasileira de Direito e Justiça**, Ponta Grossa, v. 4, 2020.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, 2018.
- BENINCA, Natalie Bianca Alves; DINIZ, Thiago Antônio N. Monteiro. A inconstitucionalidade da Emenda 96/2017 frente à proteção ambiental constitucional. **Revista Academia de Direito**, 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.
- BRASIL. **Lei n. 11.794 de 08 de outubro de 2008**. Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856/RJ**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 640/DF**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2021.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário n. 153.351/SC**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1997.
- CERVI, Jacson Roberto; CERVI, Taciana Damo. Uma década de Lei Arouca: temos algo a comemorar? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, 2019.
- CORREIA, Ana Karina de Sousa. Do Direito dos Animais – uma reflexão acerca da inconstitucionalidade da Lei Arouca – Lei n. 11.794/08. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, 2013.

LEVAI, Laerte Fernando. Cultura da violência: a inconstitucionalidade das leis permissivas de comportamento cruel em animais. *In*: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). **Direito ambiental e proteção dos animais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017. p. 261-276.

LIMA, Simone Alvarez. A Lei n. 12.131/04 RS e a Emenda Constitucional n. 96/2017 diante dos cultos de origem africana e o estado laico. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, 2018.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. Vedação da crueldade contra os animais: regra ou princípio constitucional? **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, 2019.

MATOS JÚNIOR, Manoel Jorge. Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional no 96/2017 diante dos limites materiais impostos ao efeito backlash à luz dos direitos fundamentais dos animais. **Revista Amagis Jurídica**, Minas Gerais, 2021.

MEDEIROS, Fernanda L. F. **Direito dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MEDEIROS, Fernanda L. F.; WEINGARTNER NETO, Jayme; PETTERLE, Selma Rodrigues. **Animais não-humanos e a vedação da crueldade**: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas: Editora Unilasalle, 2016.

NEME, Eliana Franco; TOLEDO, Cláudia Queda. Como compreender a vedação da crueldade com os animais na Constituição Federal de 1988. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 6. **Anais [...]**. 2018.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito e os animais**: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental Esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Nina T. D.; PALAR, Juliana V.; CARDOSO, Waleska M. A vedação da crueldade para com animais não-humanos à luz da interpretação constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, 2017.

SILVA, Camilo Henrique; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Tutela jurídica dos animais não humanos no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**, 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TITAN, Rafael Fernandes. **Direito Animal**: o direito do animal não humano no cenário processual penal e ambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2021.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VENTURA, Franciele Faistel; PASSOS, Flávia Villanova. Os direitos dos animais diante das experiências científicas: uma breve análise jurídica-filosófica. **Revista Interfaces Científicas – Direito**, Minas Gerais, 2015.

APOSENTADORIA ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: 35 ANOS DEPOIS

Luíza Cipriani¹

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de investigar se, trinta e cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988, a proteção à saúde do trabalhador por meio da aposentadoria especial continua sendo efetivada, tendo em vista especificamente a inserção de critério etário para concessão do benefício, inserido pela Emenda Constitucional n. 103/2019. Para tanto, minuciou-se a natureza jurídica prevista originalmente pela Constituição para a aposentadoria especial e analisou-se como o critério etário a impacta, conduzindo ao resultado de que a alteração promovida pela EC 103/2019 obsta a efetivação da natureza jurídica preventiva dada à aposentadoria especial pela Carta Magna de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: aposentadoria especial; Emenda Constitucional 103/2019; direito previdenciário; direito constitucional; seguridade social.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 103/2019, conhecida como mais uma Reforma da Previdência, modificou profundamente o sistema de Seguridade Social brasileiro e, em meio a isso, as normas atinentes à previdência. Uma das mais significativas alterações promovidas pelo diploma foi a inserção de idade mínima como requisito a ser preenchido para ensejar o direito à aposentadoria especial, historicamente destinada aos segurados submetidos a ambientes laborais com exposição a agentes nocivos à saúde e integridade física.

Nesse contexto, esta pesquisa busca investigar se a modificação referida se mostra compatível com a natureza jurídica preventiva do benefício, destacada pela Constituição de 1988. Para atingir esse fim, será inicialmente traçada uma fundamentação acerca da natureza jurídica do benefício de aposentadoria especial conforme previsto pela redação originária da Carta Magna. Em seguida, serão expostas as principais alterações no benefício promovidas pela EC 103/2019 e, por fim, focar-se-á nos impactos à saúde e à proteção do trabalhador decorrentes especificamente da inserção do critério etário.

A justificativa da presente pesquisa guarda íntima relação com a atualidade de seu tema. Isso porque a Emenda Constitucional 103/2019 está vigente há apenas quatro anos no sistema jurídico brasileiro e foi responsável por importantes alterações que, como tais, ainda carecem

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Advogada previdenciarista. E-mail: luiza_cipriani@hotmail.com.

de análises atentas e discussões em âmbito acadêmico, com vistas à eventual sugestão de alterações e reparos. Assim, este trabalho se propõe a ser um contributo para tal empreitada.

Além disso, esta pesquisa encontra razão de ser também em seu tema, que se atenta para uma possível prejudicialidade da instituição de requisito etário para os trabalhadores que pretenderem obter o benefício da aposentadoria especial. Desse modo, este estudo pretende fomentar e contribuir para a necessária discussão acerca das atuais possibilidades de falhas na legislação previdenciária brasileira que, por conseguinte, não estaria cumprindo de forma plena seu devido fim constitucional de proteção aos trabalhadores.

Não suficiente, a relevância do presente estudo também reside na oportunidade de trazer à tona a discussão sobre o tema da seguridade social, de modo a fortalecer a sua importância e, principalmente, o seu papel enquanto mecanismo eficiente de garantia de condições existenciais mínimas e de redução das desigualdades sociais.

Em suma, a partir do entendimento de que o direito é resultado de uma construção social, política e história e, portanto, mutável, pretende-se contribuir com o progresso e aprimoramento da legislação previdenciária brasileira, de modo a cada vez mais avançar em sua compatibilidade com os preceitos constitucionais, bem como com suas finalidades originárias de caráter protetivo ao cidadão.

1 NATUREZA JURÍDICA DA APOSENTADORIA ESPECIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A promulgação da Constituição Cidadã de 1988 tornou-se um marco para a Seguridade Social por trazer, entre seus artigos 194 a 204, seus dispositivos estruturantes, bem como seus objetivos, princípios e financiamento. Especificamente em seu artigo 194, o texto constitucional “definiu a Seguridade Social como um dos pilares de concretização do bem estar e justiça social, primados do Estado Democrático de Direito”, dando a essa categoria o status de direitos fundamentais, uma vez que visam garantir aos indivíduos um mínimo de condições materiais para uma vida digna e para o desenvolvimento enquanto cidadãos. A partir de então, a Seguridade Social se consolidava como direito de todos e dever estatal, o que suscita diretamente a publicização dos riscos sociais e a consequente obrigação protetiva por parte do Estado (Drescher, 2018, p. 15-32).

Nesse contexto é que a aposentadoria especial foi recepcionada pela Constituição Federal, mais especificamente em seu art. 201, §1º. Uma mudança importante, no entanto, foi

verificada em relação à Lei nº 3.807/60 (que até então regulava o benefício): o texto constitucional não conservou as expressões utilizadas pelo referido diploma como fato gerador da aposentadoria especial (isto é, insalubridade, periculosidade e penosidade), mas substituiu-as por “condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. Dessa forma (e já incorporando o posicionamento jurisprudencial manifestado pela Súmula 198 do Tribunal de Recursos)², o legislador possibilitou uma maior proteção ao trabalhador para fins de obtenção do benefício, uma vez que abriu margem para o reconhecimento da especialidade do período laborativo mesmo quando os agentes nocivos não fossem previstos pela legislação correspondente (Ladenthin, 2020). Destacava-se, agora a nível constitucional, o caráter protetivo da aposentadoria especial.

Isso porque todos sujeitam-se a riscos em todos os momentos de existência. No entanto, em função da evolução do papel do Estado até a sua conformação como garantidor dos direitos fundamentais negativos e positivos, passou-se, como parte desse processo, a atribuí-lo a responsabilidade de mitigar os efeitos dos riscos sociais, ainda quando estes não puderem ser propriamente evitados.

Nesse passo, a corrente doutrinária majoritária sobre o tema (à qual filia-se este trabalho) afirma que a aposentadoria especial tem caráter preventivo, uma vez que o benefício surge justamente com o objetivo de evitar que o dano à saúde ou integridade física aconteça, antes deste ser verificado - ou, ao menos, antes de efetivamente impossibilitar o labor ou a vida digna do trabalhador. Dessa forma, a aposentadoria especial se difere dos benefícios de caráter compensatório, a exemplo da aposentadoria por invalidez, os quais exigem a verificação do dano já ocorrido para que sejam concedidos, enquanto aquela tem como razão de ser a prevenção contra os mesmos prejuízos (Ladenthin, 2020).

Além disso, a natureza preventiva da aposentadoria especial também encontra fundamento no fato de que a concessão do benefício se justifica para aqueles trabalhadores cuja saúde ou integridade física estão gradual e cumulativamente expostas a riscos, os quais aumentam na mesma medida do tempo de trabalho nestas condições. Dessa forma, uma vez não afastado o trabalhador do ambiente laboral no tempo previsto, aumentam-se a cada dia as chances da necessidade futura de um benefício previdenciário compensatório, de modo a impedi-lo de aposentar-se com a saúde plena devido às condições de trabalho (Pereira, 2011, p. 3-10). Isso porque, para a concessão do benefício de aposentadoria especial, “a incapacidade

² “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.”

para o trabalho ainda não ocorreu de fato e pode nem vir a ocorrer”, o que, aliás, é o que se tem como seu objetivo precípua. É justamente por essa finalidade que a aposentadoria especial se caracterizou por um período limite de serviço reduzido (15, 20 ou 25 anos) desde a sua origem, para aqueles que trabalharem expostos a agentes agressivos à sua saúde. O objetivo que lhe dá origem, assim, é que o trabalhador se aposente antes de atingir a incapacidade, de modo que a proteção se dá pelo tempo limite (estabelecido pela lei) de exposição a agentes agressivos, visando a garantia da saúde do beneficiário de forma preventiva - daí sua natureza jurídica (Ladenthin, 2014).

Seguindo essa linha de raciocínio, fica claro que o benefício tem o objetivo de proteger o trabalhador contra agentes que têm “a *possibilidade* de prejudicar a saúde do trabalhador ou a sua integridade física, ainda que efetivamente esse prejuízo não ocorra” (Ladenthin, 2014). Reforça-se, assim, o caráter preventivo da aposentadoria especial, que tem o condão de retirar o trabalhador do ambiente prejudicial visando evitar que sua saúde seja efetivamente prejudicada, bastando a mera possibilidade para tal.

Nesse sentido, Schuster (2016, p. 157) aponta para a importância da aposentadoria especial para a gestão dos riscos associados ao ambiente de trabalho, “na medida em que a redução do tempo de serviço pode evitar a efetiva incapacidade do trabalhador”. Além disso, ressalta que a incapacidade a ser evitada pode se dar por diferentes razões, como por doenças que levam longos períodos para se manifestarem, outras que surgem por contínua inalação de agentes prejudiciais pelas vias respiratórias ou constante contato com produtos químicos, etc. Assim, a aposentadoria especial tem o condão de evitar tanto aquelas doenças ou danos que se manifestam apenas após um considerável espaço de tempo após o agente prejudicial que lhe deu causa, quanto também aquelas que acontecem no intervalo de segundos (a exemplo dos acidentes de trabalhos instantâneos como explosões, quedas etc.).

É aí que mora a razão de ser da aposentadoria especial e do seu reduzido tempo de contribuição quando comparado a outros benefícios: quanto maior o tempo de exposição aos riscos potencialmente causados pelos agentes nocivos, maior a probabilidade de o trabalhador ter sua saúde danificada, agravada ou mesmo de sofrer acidentes (Schuster, 2016). Infere-se, assim, que o potencial de dano se acumula na mesma medida que o tempo de exposição do trabalhador, ou seja, quanto mais tempo esse permanecer em atividade, maiores as chances de ter sua saúde ou integridade física prejudicadas e, deste modo, menores as chances de a aposentadoria especial cumprir seu objetivo originário (Pereira, 2011, p. 3-10).

Aliás, não apenas a doutrina majoritária defende o caráter preventivo desse benefício, como já afirmado, mas também a jurisprudência pátria, a exemplo do que se infere dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento RE nº 791.961, em 2014, sob o regime de repercussão geral (Tema nº 709). Na ocasião, a Corte máxima consolidou que “é obrigatório o afastamento do segurado de suas atividades após a concessão da aposentadoria especial”, tamanho o intuito de proteção à saúde do trabalhador conferido pelo benefício. Do voto do relator, Ministro Dias Toffoli, se extrai o seguinte trecho a título exemplificativo:

Independentemente do conceito ou do doutrinador a que se recorra, é certo que, em todos eles, uma constatação se repete: a aposentadoria especial ostenta um nítido caráter protetivo; trata-se, a toda evidência, de um benefício previdenciário concedido com vistas a preservar a saúde, o bem-estar e a integridade do trabalhador submetido rotineiramente a condições de trabalho insalubres, perigosas e/ou penosas (STF, 2021).

Por todo o exposto, percebe-se que o principal intuito da aposentadoria especial é retirar o trabalhador das condições de trabalho prejudiciais ou potencialmente prejudiciais à sua saúde ou integridade física o quanto antes, sendo estipulado pela legislação uma ficção legal que estabelece o tempo máximo aceitável para a exposição aos agentes nocivos (Vaz; Bonatto, 2020). O ideal, portanto, é que se consiga salvaguardar a saúde do trabalhador antes que ela seja prejudicada ou, pelo menos, antes de sofrer um dano irreparável em decorrência das condições laborais, de modo que a probabilidade de que isso ocorra seja reduzida na mesma proporção em que o tempo de contribuição do segurado (Pereira, 2011).

Assim, conclui-se o presente subcapítulo com a percepção de que a aposentadoria especial é ensejada pela sujeição dos trabalhadores a agentes nocivos à saúde ou à integridade física por 15, 20 ou 25 anos, e que tem a finalidade de proteger aqueles bens jurídicos por via do afastamento precoce do ambiente laboral pernicioso.

2 APOSENTADORIA ESPECIAL APÓS A EC 103/2019

2.1 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO BENEFÍCIO

A aposentadoria especial é garantida pela Constituição Federal em seu artigo 201, §1º, II, com redação dada pela EC 103/2019, *in verbis*:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

[...]

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação (Brasil, 1988).

Em análise comparativa, pode-se destacar do texto acima as seguintes alterações trazidas pela última reforma da previdência (EC 103/2019): a permissão de estabelecimento de idade e tempo de contribuição diferenciados em comparação às regras gerais por meio de lei complementar; a exclusão da prejudicialidade à “integridade física”, antes existente, como caracterizadora do tempo especial; a especificação dos agentes nocivos que poderão ensejar o direito ao benefício (físicos, químicos, biológicos ou associação de agentes), em oposição à expressão anterior “em condições especiais prejudiciais à saúde ou integridade física”, mais abrangente; a vedação expressa do enquadramento por categoria profissional ou ocupação (o que já era estabelecido pela Lei 9.032/95 e agora ganha status constitucional).

Apesar das diversas abordagens de análise críticas às quais as mudanças citadas podem servir de objeto, este trabalho limitar-se-á a aprofundar o estudo acerca da alteração elencada no primeiro item, isto é, a inserção do requisito de idade, a ser estipulada por lei complementar, para a concessão do direito à aposentadoria especial.

Segundo o diploma, a idade mínima para concessão do benefício não ficou definida no texto constitucional, que tratou apenas de inseri-la, permanentemente, como critério. Essa incumbência ficou a cargo de lei complementar e, até que esta seja editada, seguir-se-ão as regras transitórias estipuladas pelo art. 19, §1º, I da emenda, que fixou a idade mínima para cada uma das subespécies de aposentadoria especial e merece ser transcrito na íntegra:

Art. 19. Até que lei disponha sobre o tempo de contribuição a que se refere o inciso I do § 7º do art. 201 da Constituição Federal, o segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social após a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional será aposentado aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição, se mulher, e 20 (vinte) anos de tempo de contribuição, se homem.

§ 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria:

I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;

- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou**
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição** (Brasil, 2019, grifo nosso).

Essa regra transitória será aplicada para os segurados que ingressaram no regime geral da Previdência Social (RGPS) desde o dia seguinte ao da publicação da alteração constitucional, isto é, a partir de 14 de novembro de 2019.

Aqui, vale notar que, apesar do presente trabalho se debruçar acerca da mera inserção do critério etário, independentemente da idade que for estipulada, a regra transitória acima colacionada merece atenção tendo em vista a histórica mora do Poder Legislativo para editar leis complementares, de modo que a referida norma pode permanecer vigente por anos ou até décadas. O problema deste trabalho, frisa-se, se concentra na existência do requisito de idade *lato sensu*.

2.2 IMPACTOS DA INSERÇÃO DO CRITÉRIO ETÁRIO PARA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL E Esvaziamento de sua natureza jurídica originária

De início, é importante ressaltar que a inserção do critério etário para concessão de aposentadoria especial faz com que o tempo de exposição a agentes nocivos não seja mais o único fato gerador do benefício, que agora também exige o alcance de uma idade mínima. Segundo Ladenthin, essa alteração se mostra alheia à função do Estado de garantir a saúde dos trabalhadores e principalmente a prevenção a seus danos, na medida em que, pelas novas regras, a natureza até então protetiva do benefício resta exterminada.

Isso se dá porque a fixação de idade mínima obriga o trabalhador a permanecer mais tempo sujeito ao ambiente laboral que lhe é prejudicial à saúde, aumentando na mesma medida os riscos de acidente, invalidez ou até mesmo a morte. Não suficiente, o dispositivo legal trazido pela reforma estabeleceu uma idade mínima para ensejar o direito ao benefício sem, no entanto, qualquer base em estudo epidemiológico e técnico, além de não estabelecer idade máxima, tampouco formas de controle e fiscalização para evitar a continuidade da exposição do trabalhador a agentes nocivos à sua saúde - o que, pelo contrário, apenas a propicia (Ladenthin, 2020).

É fundamental destacar que “assim como não se pode exigir ao segurado o mesmo tempo de contribuição [dos trabalhadores não expostos a serviços especiais], também não se

pode fixar-lhe uma idade mínima aleatória” (Ladenthin, 2020, p. 153), sem se basear em qualquer fundamento ou estudo científico. Essa discricionariedade do legislador reformador reforça o intuito mascarado, clarividente na reforma da previdência como um todo, de simplesmente cortar “gastos” sociais e dificultar cada vez mais o acesso aos benefícios.

Nesse contexto, frisa-se a ideia de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada, segundo Ingo Sarlet (2010), quando a todos os indivíduos for minimamente assegurada, pelo Estado, uma vida saudável, o que vai de encontro à extinção da natureza protetiva da aposentadoria especial consequente da inserção da idade mínima como critério.

Assim, o direito à vida, à saúde e à integridade física não podem ser entendidos apenas em suas concepções de abstinência por parte do Estado, mas também como objetivos a serem zelados a partir de uma postura ativa e, por isso, protetiva - noção que, mais uma vez, se mostra incompatível com a alteração do regramento ora em análise.

A incompatibilidade se agudiza ainda mais a partir da verificação de que a mudança legislativa carece de critérios objetivos para a inserção do critério etário e também de qualquer planejamento estratégico para garantir, com eventuais medidas alternativas, a segurança do trabalho, cuja situação já era exasperadamente problemática antes da reforma:

Não se pode ignorar que os acidentes de trabalho têm um custo humano, social e econômico significativo e que todos os esforços deveriam ser concentrados para a sua eliminação, garantindo que todos os lugares de trabalho fossem seguros. [...] o meio ambiente do trabalho, no Brasil, ainda é bastante desfavorável, colocando o país no quarto do mundo no ranking do acidente do trabalho, atrás da China, Índia e Indonésia. A cada 48 segundos acontece um acidente de trabalho e a cada 3h38 um trabalhador perde a vida (ANAMT, 2018).

Diante desse problema, a aposentadoria especial que, antes tinha como objetivo afastar o quanto antes o trabalhador do ambiente nocivo, agora se mostra como um instrumento que corrobora e, pior, prolonga a exposição a um meio ambiente laboral desfavorável, cujos efeitos agredem diretamente a dignidade da pessoa humana na medida em que propiciam a prejudicialidade da saúde e integridade física do trabalhador e, assim, não concretizam a função protetiva atribuída ao Estado.

O propenso beneficiário da aposentadoria especial, portanto, não pode ser submetido ao aguardo de eventual idade mínima para cumprir os critérios estipulados pela EC 103/2019, uma vez que isso ocasiona a continuidade da sua exposição a agentes nocivos e, por isso, ao risco constante.

Não suficiente, percebe-se também que a alteração promovida pela reforma tem o condão de tornar o benefício da aposentadoria especial ainda mais inatingível, uma vez que, se há um desgaste natural do corpo humano com o mero decorrer do tempo, esse processo é altamente acelerado no caso dos trabalhadores expostos a condições prejudiciais à sua saúde ou integridade física, que dificilmente conseguirão resistir à espera pelo atingimento de idade mínima para concessão do benefício após tantos anos de trabalho em ambientes nocivos. A expectativa de sobrevida, portanto, é diminuída com o passar do tempo, uma vez que potencializada por “agentes causadores de males à saúde, tais como ruído excessivo, calor, agentes cancerígenos, biológicos e químicos, dentre outros” (Ladenthin, 2020, p. 141).

Assim, a alteração constitucional impõe a disponibilidade ao mercado de trabalho como finalidade única do íterim de existência do cidadão (ou, em outras palavras, vive para trabalhar). O indivíduo deixa, assim, de ser visto como um fim em si mesmo, de modo a mais uma vez atentar frontalmente contra os valores abarcados pelos princípios da dignidade humana. Como bem alertou Eduardo Fagnani, em última instância, o governo aposta na morte do cidadão trabalhador antes da aposentadoria: “[...] Quem viver, vagará pelas ruas como zumbi sem proteção, somando-se aos milhões de desempregados, desalentados e subempregados” (Fagnani, 2019, p. 246).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclusivo, a partir do exposto, que trinta e cinco anos após o marco trazido pela Constituição Federal de 1988 para a Seguridade Social, as regras vigentes da aposentadoria especial não efetivam seu caráter preventivo, previsto originalmente no texto constitucional. Isso se dá especialmente a partir das alterações trazidas pela EC 103/2019, com destaque à inserção do critério etário para concessão do referido benefício, a qual, de acordo com o fundamentado acima, contradita a sua própria razão de ser, uma vez que não mais cumpre o objetivo para o qual foi instituído constitucionalmente.

Nesse sentido, ao percorrer a trilha normativa da promulgação da Constituição até hoje, resta notável que a Carta da Primavera trouxe avanços imensuráveis ao direito pátrio, mas que, a despeito de sua maior rigidez com relação aos demais institutos legais - excetuadas as cláusulas pétreas -, se trata também de um conjunto de normas mutáveis. Como tais, as normas favoráveis aos trabalhadores devem ser objeto de constante proteção, pois, caso contrário, estarão sujeitas a retrocessos que, a exemplo do apontado no presente trabalho, esvaziam a

proteção a direitos como à saúde por meio da alteração inserida nas regras da aposentadoria especial pela EC 103/2019.

O que se nota, assim, é um processo não linear de evolução legislativa, de modo a ressaltar-se o recente retrocesso no que tange à eficácia da prevenção e proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores brasileiros.

REFERÊNCIAS

- ANAMT. **Brasil é quarto lugar no ranking mundial de acidentes de trabalho**. São Paulo: ANAMT, 2018. Disponível em: <https://www.anamt.org.br/portal/2018/04/19/brasil-e-quarto-lugar-no-ranking-mundial-de-acidentes-de-trabalho/>. Acesso em: 12 set. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 12 set. 2023.
- DRESCHER, Janize. Auxílio-doença parental sob o enfoque dos princípios da isonomia e da vedação da proteção social insuficiente. **Revista Brasileira de Direito Social**, v. 1, n. 3, 2018.
- FAGNANI, Eduardo. **Previdência: o debate desonesto – subsídios para a ação social e parlamentar: pontos inaceitáveis da Reforma de Bolsonaro**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.
- LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial após a EC 103/19**. Tese (Doutorado em Direito Previdenciário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.
- PEREIRA, Denisson Almeida. Aposentadoria especial: discutindo sua finalidade e conceito. **Informe de Previdência Social**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, fev. 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: FILHO, Agassiz Almeida; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social**. Curitiba: Juruá, 2016.
- SCHUSTER, Diego Henrique; ENGELMAN, Wilson. A aposentadoria especial perante as novas (nano)tecnologias e técnicas de produção pós-industrial: compatibilizando a proteção social com o princípio da precaução. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**, v. 6, n. 32, abr./maio 2016.
- STF. **RE 791961 ED-terceiros**. Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 04/11/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=451>

8055&numeroProcesso=791961&classeProcesso=RE&numeroTema=709. Acesso em: 12 set. 2023.

VAZ, Aline Regina Carrasco; BONATTO, Nahiara. Aposentadoria especial: os impactos da reforma da previdência na saúde do trabalhador. *In*: MAZERA, Jorge; PINTO, Vanusa Varela (coord.). **Direito Previdenciário e a advocacia**. São Paulo: Tirant lo Blanch Brasil, 2020.

MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Poliana Ribeiro dos Santos¹

Nailton Souza Melo²

RESUMO: A Constituição de 1988 representa uma grande virada de página na história do Brasil. Ao mesmo que o reencontro com a democracia, é o resgate dos direitos humanos de tratados e convenções até então ignorados pelas instituições nacionais. A assinatura tardia da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas em 1948 traz consigo grande exercício de construção de direitos, inclusive daqueles que visam garantir direitos básicos. A tutela do Estado é evidente no exercício do Judiciário na busca de amparar setores historicamente invisibilizados e faz com que haja vertiginoso crescimento no número de processos. Logo, visando garantir o acesso à ordem jurídica justa, ampliar as possibilidades de discussão de direitos é estratégia de grande prestígio. Nesse sentido, os Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs) se posicionam no sentido de proporcionar maior celeridade nas decisões e qualidade nas decisões que, não bastam ser entregues, devem satisfazer às partes em conflito. Desse modo, esse artigo visa relacionar a aplicabilidade das MASCs como forma de garantir a efetivação dos direitos humanos em detrimento de uma justiça anacrônica e desconhecida das transformações econômicas, sociais, culturais e tecnológicas.

PALAVRAS-CHAVE: autocomposição; direitos humanos; Constituição Cidadã.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/1988), carta magna do Direito Brasileiro, dispõe em seu preâmbulo o acesso à justiça como um dos “[...] valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional [...]” e relaciona este acesso à “[...] solução pacífica de controvérsias”. É expressamente um dos votos da Assembleia Nacional Constituinte para a redemocratização do Brasil depois de anos de violação de direitos (Brasil, 1988).

O Conselho Nacional de Justiça, em sua Resolução número 125 de 29 de novembro de 2010, dispondo sobre a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2149540920056487>. E-mail: polianaribeiro.prs@gmail.com

² Graduado em Psicologia e Especialista em Psicanálise Clínica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9621506539003197>. E-mail: nailtonsmelo@gmail.com

do Âmbito do Judiciário, almejando aprimorar a Justiça Brasileira enquanto garante dos Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão, articula os órgãos do judiciário a incumbência de oferecer mecanismos outros para a solução de controvérsias que não apenas o litígio judiciário. Tratam dos meios adequados de solução de conflitos (MASCs), em especial a conciliação e a mediação.

Diante desse contexto, a presente pesquisa possui a seguinte pergunta norteadora: como as MASCs podem servir (ou auxiliar) na garantia da dignidade da pessoa humana por meio do acesso à justiça?

Partindo do questionamento norteador, foi estabelecido como objetivo geral, apresentar um estudo sobre a relevância da garantia do acesso à justiça com a promoção MASCs judicial e extrajudicial.

Para alcançar o objetivo geral formulado e responder à pergunta norteadora do presente estudo, adotou-se o método hipotético dedutivo. Sendo o levantamento das fontes por meio das técnicas de revisão bibliográfica, especialmente temas relacionados às MASCs, dignidade da pessoa humana e acesso à justiça.

Por fim, observou-se que as MASCs ganham respeito por proporcionar aos cidadãos verem alternativas a seus conflitos que não pelas vias do judiciário, podendo alcançar profissionais especializados, suporte específicos para demandas específicas, redução dos custos processuais, participação nas decisões que impactam suas vidas, autonomia para deliberar sobre a matéria ou parte dela, discricionariedade para a escolha das *regras do jogo*, dentre outros benefícios. Ainda assim, sem perder a tutela do Estado, que pode ser acionado para a execução dos títulos obtidos ou para, escolherem pelo litígio. Em suma, os meios adequados apenas são substitutivos na medida da anuência das partes, proporcionando pluralidade de formas de solucionar conflitos.

1 A CARTA MAGNA DE 1988 E O ACESSO À JUSTIÇA

A promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/1988) é um marco histórico, de lutas e desafios para o povo e a Justiça. Conquistada após intenso período de repressão do Regime Militar, através da resistência dos setores de oposição e dos movimentos sociais e políticos, irresignados do peso do Estado sobre seu povo, usurpado por articulações impopulares que se valeu do medo e da violência para sustentar um plano de poder que se afirmava nas violações de direitos humanos sob discurso de combate ao inimigo. A

constituição cidadã, diferentemente das constituições escritas até então, um resgate dos compromissos que o Brasil se esquivou de firmar ao longo da ditadura, se diferencia das constituições escritas até então, demonstrando expressamente seu compromisso com o exercício da defesa dos Direitos Humanos, com a graça pelos grandes tratados humanitários e pela cooperação universal (Abreu, 2005).

1.1 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/1988), na perspectiva de Lascala e De Freitas (2012), condensa alguns elementos que a fazem um marco histórico inequívoco do desenvolvimento do Brasil, principalmente no que concerne à construção do conceito de cidadão. Até então, o país se via afundado em uma condição política confusa, que fazia da máquina pública objeto de dúvidas. Voltar-se para a democracia é resgatar um conjunto de princípios que as instituições não se prestavam a proteger. Princípios estes que, segundo Da Silva (2013) e Troiano (2013), efervesceram no âmbito internacional no final da primeira metade do século XX, através de notável envolvimento transnacional para combater e mitigar as sangrentas violações de direitos humanos praticados no holocausto alemão e outras barbáries ocorridas na Segunda Guerra Mundial e que representaram grande instabilidade para as (e a partir das) instituições públicas vitimando milhares de pessoas, dentre mortos, mutilados e traumatizados.

Logo, a assinatura da Carta Magna em 1988 vem acompanhada da enunciação do comprometimento do Brasil com os direitos humanos ensaiados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas em 1948 que, ainda que não disponham de caráter vinculante, se desdobram em inúmeros tratados, resoluções, pactos e declarações, de caráter ético, político e normativo. Como pode ser percebido e, considerando que os Estados aderem formalmente aos documentos que desenvolvem os direitos humanos internacionalmente, o Brasil levou 40 (quarenta) anos para tornar-se signatário (Candau, 2012).

A demora para aderir formalmente aos direitos humanos representa grande produção jurídica nos anos 90 que, conforme Troiano (2013), representa um exercício de incorporação de grupos historicamente esquecidos, invisibilizados e vandalizados no cenário jurídico nacional. Tornam-se pauta e objeto de proteção, dentre outros, os povos originários, negros, homossexuais, crianças, idosos, pessoas com deficiências. Ainda que não represente a panaceia para a proteção dos direitos humanos, é um grande eixo de construção de entendimentos e

intervenções que levam a construção de direitos na esfera internacional como inspiração, destacando a atuação dos três poderes na identificação e defesa de pautas em prol da efetivação da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está representada no Artigo 1º, Inciso III, da Constituição Federal, de modo que, entre os objetivos fundamentais desta república, a solidariedade, a Justiça e a liberdade estão articuladas no Artigo 3º, inciso I, conquanto, o inciso IV, presta ao comprometimento com a promoção do “[...] bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, indubitavelmente um inciso bastante plástico no sentido de construir a pluralidade de formas de existir. Ademais, estes objetivos, convivem textualmente com um suposto desenvolvimento nacional (inciso II), percebe-se, não se afirma econômico, o que pode levar a inferir sobre qualquer natureza de desenvolvimento e, a erradicação da “[...] pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Inciso III) (Brasil, 1988).

Esta amplitude de interpretações se repete ao longo do texto constitucional em seu Artigo 4º ao afirmar que a República Federativa do Brasil é regida nas suas relações internacionais por elementos como: (inciso II) a prevalência dos direitos humanos, (Inciso III) autodeterminação dos povos, (Inciso VI) defesa da paz, (Inciso VII) solução pacífica de conflitos, (Inciso VIII) repúdio ao terrorismo e ao racismo e (Inciso IX), cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Troiano (2013), acenado para os textos de Hanna Arendt, postula que esta sistemática faz com que o Brasil participe de uma tendência internacional de reconhecimento de direitos desatada da noção histórica de cidadão, afirmando que, com a modernidade a garantia de direitos está dirigida à simples condição de ser humano. Não havendo mais que dizer que o direito a ter direitos é privilégio daquele que está em dia com suas obrigações eleitorais, podendo votar e ser eleito, como um dia a Revolução Francesa e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se prestaram a afirmar.

De modo geral, o acolhimento dos direitos humanos, aqueles provindos dos tratados internacionais, conhecidos como de primeira geração e, daqueles que se desdobraram até a cotidianidade como tipos de direitos mais palpáveis para garantir mais direitos genéricos, os direitos humanos de segundo grau, representam uma considerável ampliação não apenas do rol de direitos a serem atendidos pela legislação. Há uma expansão e protagonismo do Poder Judiciário na proteção de interesses em constante expansão. Isto vai paulatinamente alargando as obrigações em que o Estado que passa a atender um conceito de dignidade da pessoa humana em constante transformação.

No entanto, para que haja a garantia dos direitos básicos e “adjacências”, a garantia de acesso à justiça, torna-se um requisito *sine qua non*. Sendo assim, exímio dever do Estado de promover o acesso à justiça. Dever este que, faz em seu cerne, deve combater as desigualdades ainda que no procedimento de combate à violação de Direitos. Porém, isto cria um grande paradigma sobre a satisfação e a efetividade com que a Justiça Estatal tem conseguido garantir o almejado acesso à ordem jurídica (Da Silva, 2013).

1.2 O PARADIGMA DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é em si, um conceito de definição bastante aberta e controversa. Marasca (2007) estudando Watanabe (1987) e Capelletti (1988), sustenta que o acesso à justiça não pode ser resumido no simples acesso ao Poder Judiciário, como aparentemente pode ser inferido sobre a construção da justiça formal desenvolvida pelo Estado. Trata-se de viabilizar o ingresso à ordem jurídica justa, na garantia da proteção material dos direitos, assegurando a todos os cidadãos condições de comportarem-se dentro daquilo que é justo. Desse modo, o sistema jurídico, além de ser um direito de todos, haveria de ser encarado como o maior de todos os direitos, dada sua posição estratégica de garante de todo o rol de Direitos que diz proclamar, emanar e proteger.

Marasca não se furta a dizer que o acesso à justiça há de ter uma posição de engajamento, que almeje eficácia e acessibilidade a todos os cidadãos, sem segregá-los, considerando a razoabilidades do prazo e a mutabilidade das comunidades para que alcance a concreta satisfação de seus atendidos e, atinja a Justiça Social. Esta, entendida à luz de Ferraz Júnior (*s.d.* apud Barzotto, 2003), como um meio termo para atingir o bem comum, sendo instrumentalizada pelo dever de todos os bens, que devem almejar o bem estar necessário para o bom desenvolvimento da personalidade. A justiça social é instrumentalizada e plural, portanto, cada instrumento perpassando mecanismos de justiça distributiva, objetivam a qualificação do sujeito de direito de alguma forma – exemplo disso é a justiça distributiva na no acesso ao Poder Judiciário, sustentado no dizer de que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, como cita o Artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Entretanto, ainda que o acesso à justiça seja um direito de todos e, esta, tenha um caráter universalizante, buscando desdobrar-se na proteção de todo cidadão e a qualquer matéria de Direito, esse (direito de acesso) se apresenta contradito. Tal afirmativa, segundo Fonseca e Lima

(2021) tem sustentáculo no congestionamento da justiça agravado pelo crescimento no número de processos, fomentado por uma média de acréscimo anual na casa dos 25 milhões de novos processos em todas as esferas da Justiça. Crescimento este, relacionado com a abertura democrática que transformou a justiça até então evitada pelos conflitantes, para uma modalidade que, além de se desdobrar para acolher toda a população, buscou garantir direitos até então suprimidos pelo regime vigente.

Ainda que a reinvenção do que é Justiça e do que são direitos do cidadão representem por si mesmos forte incremento nas demandas do judiciário, com a recuperação das garantias da magistratura, com o judiciário deixando de ser um departamento técnico-especializado e se transformando em um verdadeiro poder político, garantidor da Constituição, houve considerável preferência pelo litígio judicial. Se por um lado, cria-se a consciência popular de que todo conflito deveria ser atendido pela Justiça do Estado, por outro, retira a autonomia do indivíduo em solucionar extrajudicialmente, na base do diálogo e cria uma fonte inesgotável de novos processos diariamente, causando congestionamento.

Os problemas da justiça brasileiro não se ensimesmam no congestionamento do judiciário. Da Fonseca Janon (2020), em seu estudo sobre a elitização da Justiça no Brasil, sustenta que esta é um resquício do colonialismo, que a partir de uma posição patrimonialista, que confundindo o interesse público com o privado, esteve condescendente com o uso do Estado para o benefício de particulares ou corporações. Enraizada na divisão de classes, sempre estimulou a segregação entre indivíduos que poderiam exercer a cidadania e aqueles estranhados do exercício de direitos (e de serem protegidos em seus direitos). Estes, se formam entre a colônia e a democracia de forma bastante diferente. Se na colônia o judiciário sequer enxergava os pobres, nos dias de democracia são feitos a desconhecer seus direitos, a temer a justiça por apenas se dirigir a esta para cumprir com alguma obrigação, pagar multa ou sofrer coação. Logo, ainda que existam instrumento, como a justiça gratuita, que deveria favorecer a todas as camadas sociais, a Justiça ainda é uma miragem para parcela da população, economicamente impeditiva para grande parcela e bastante burocrática.

Em perspectiva próxima, Zanferdini (2012), observando pela óptica da ineficácia do Poder Judiciário diante das demandas processadas e daquelas latentes, perdidas pela dificuldade da Justiça em acolher a todos conflitos, dada a dificuldade do Judiciário em acompanhar as transformações sociais, fortemente engendradas pelas novas tecnologias, fazem da Justiça no Brasil algo não apenas anacrônico, como desestimulante e ineficaz. Logo, ainda que se processem as demandas, as soluções podem tardar ou incorrer em decisões desajustadas para

das necessidades das partes. O autor sustenta que existem estratégias mais eficazes para resolver esse problema e, podem ser conferidas nos métodos adequados de solução de conflitos.

1.3 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

No Brasil, a contradição entre Acesso à Justiça enquanto direito e desafio, é estudado por Dos Santos e Borges (2018), os quais sustentam que a garantia da dignidade da pessoa humana enquanto objeto do Direito, assolado pelo conflito, haveria em uma visão utópica, ser efetivado em igualdade de condições entre os cidadãos. Isto não ocorre na prática cotidiana do Judiciário, mas tem prosperado com a difusão dos métodos adequados de solução de conflitos. Estas, estratégias plásticas, diferidas da rigidez e burocracias da Justiça Estatal, cobertas pelo manto da legalidade.

As *Alternative Dispute Resolution*, conforme Zanferdini (2012), estão posicionadas como deliberadas formas alternativas ao sistema formal de solução de conflitos, engajada com a facilitação do acesso à justiça, busca incentivar a autonomia das partes (e da comunidade) em desenvolver estratégias de solução de conflitos não apartados do contexto que construiu o conflito. Isto promove o bem-estar e a solidariedade social, principalmente quando a atividade de resolução está pautada na comunhão de forças que, através do diálogo, formulam de forma parceira e engajada a solução. Entretanto, não são alternativas se não forem páreas para a ‘publicidade do fazer justiça’. Haveria alternativa apenas quando ofertada em mesma condição que a justiça formal, por isso, faz mais sentido em dizer adequada, pela vinculação com as características socioculturais, ambientais, de recursos (e afins) do conflito.

Esses entendimentos, elucidados até este ponto, podem ser identificados, ou ainda inferidos, das considerações que sustentam a Resolução n. 125/2010 do CNJ, que ao dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário. Política essa que se desdobra no Artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), que legalizam, instrumentalizam e orientam a utilização da mediação e da conciliação como forma de promover a autocomposição em detrimento da heterocomposição (CNJ, 2010).

Sales e Charles (2014) diferenciam a conciliação da mediação a partir de pontos em comum. Primeiramente ambas são mecanismos autocompositivos, podendo ser desenvolvidas extra ou judicialmente (antes ou durante o processo judicial), com a participação de um terceiro imparcial e capacitado, que atua na comunicação, sustentado na escuta ativa, conduzindo a

organização de ideias, elementos íntimos que produziram ou entraram em conflito, bem como, possíveis propostas que devem refletir o interesse mais autoral possível das partes. Mas as semelhanças param por aí. Enquanto o mediador está contido no apoio à comunicação, sem intromissão na vontade das partes, ao conciliador é permitido construir a solução junto às partes com mínima intromissão, ou seja, sem criar soluções apartadas da vontade das partes.

Essa diferenciação pode ser conferida nos parágrafos 2º e 3º do Artigo 165 do CPC/15 que identifica o conciliador com casos de ausência de prévio vínculo entre as partes, em que o conciliador pode sugerir soluções sem coagir as partes à que se conciliem. O mediador é identificado com casos em que havendo vínculo anterior, possa auxiliar a resgatar ou aprimorar a comunicação para que além de funcionar como mecanismo para o entendimento das questões e interesses do conflito, contribuindo para a formação entre as partes de soluções que realmente atendam as partes, possam também, aumentar as chances de continuidade do vínculo (Brasil, 2015a).

A Lei número 13.140 de 26 de Junho de 2015, conhecida como Lei da Mediação, dispondo sobre o instituto do título (mediação) e a conciliação, elabora o objeto das MASCs no Artigo 3º, como sendo “[...] o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”, de modo que, pode, conforme seu parágrafo 1º, “[...] versar sobre todo o conteúdo ou parte dele” e, ao moldes do parágrafo 2º, quando tratar de “[...] direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público” (Brasil, 2015b).

A Lei de Mediação aproxima o mediador e o conciliador da figura de um juiz, ainda que não exista a figura de um conciliador/mediador natural, o Artigo 5º compromete a estes com as “[...] hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz”, de modo que, conforme Parágrafo Único, cabe ao profissional antes de aceitar a função o dever de revelar as partes qualquer argumento que possa comprometer sua imparcialidade, permitindo ser recusado por qualquer das partes. O Artigo 6º impede àquele que atuou como conciliador/mediador de representar ou patrocinar qualquer das partes e, atendendo ao Artigo 7º, estará impedido de atuar como árbitro quando outro atuou como mediador.

A designação da mediação e da conciliação judicial é determinada pelo *caput* do Artigo 334 do CPC/15, a qual pode ser feita de ofício pelo juiz para que as partes deliberem sobre aderir aos métodos ou não. Podendo, conforme parágrafo 1º, ser dividida em mais de uma sessão, sem extrapolar dois meses da data de realização da primeira sessão. Devendo observar que, conforme parágrafo 4º, inciso I, as partes podem se negar a aderirem à mediação e,

conforme inciso II, podem haver casos em que não se admite a autocomposição. O uso dos meios digitais é permitido conforme parágrafo 7 do referido artigo. É necessário, conforme parágrafo 9º, que as partes estejam assistidas por um advogado ou defensor público.

Para atender a demanda, o *caput* do Artigo 165 prevê como competência dos tribunais, criar os Centros Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, os CEJUSCs, “[...] responsáveis de realizar as sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (Brasil, 2015a). Pode atuar como mediador extrajudicial, conforme Artigo 9º da Lei de Mediação (Brasil, 2015b), todo aquele indivíduo capaz, a quem as partes anuírem e esteja capacitado para a atividade, ainda que não integre conselhos, entidades de classe ou associações. Conforme Artigo 10 e seu Parágrafo Único, não se admitirá que as partes estejam em condições diferentes quanto a estar assistido ou não por advogado durante a sessão.

Logo, na mediação judicial, o Artigo 11 disciplina que o mediador, além de capaz, deve ter completado a pelo menos dois anos em instituição reconhecida pelo Ministério da Educação qualquer curso superior e tenha obtido capacitação para atuar como mediador dentro dos parâmetros da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou requisitos estabelecidos pelos tribunais observando regras do CNJ e do Ministério da Justiça. O encerramento do procedimento de mediação se dá, conforme Artigo 20 com a lavratura do termo final, colocando fim à mediação por haver acordo ou pelo desinteresse de uma ou ambas as partes pela continuidade da mediação. Se celebrado acordo, o Parágrafo Único determina que o termo constitua um título executivo extrajudicial e, que se obtido em mediação judicial, título executivo judicial.

1.4 A ARBITRAGEM

A arbitragem, acolhida no Artigo 3º, parágrafo 1º do CPC (Brasil, 2015a), conforme Fernanda Tartuce (2008), é um tradicional método de solução de conflitos em que as partes escolhem uma terceira pessoa para deliberar sobre os caminhos da controvérsia. O terceiro pode ser uma ou mais pessoas de confiança das partes, em uma posição de equidistância dos efeitos do conflito, ou seja, esteja em uma posição em que possa exercer imparcialidade. Desse modo, sem intervenção do Estado, mas com a anuência das partes, precisa condensar a vontade das partes nas regras decisórias e tomar uma decisão racional.

A Arbitragem entra formalmente no cenário jurídico brasileiro ainda na década de 90, através da Lei número 9.307 de 23 de novembro de 1996. Esta, espécie de heterocomposição, conforme Artigo 1º, está condicionada aos conflitos patrimoniais disponíveis. Sendo que, pode ser contratada tanto por particulares como, na forma do parágrafo 1º, pela administração pública direta e indireta para a resolução de seus conflitos (Brasil, 1996).

O objeto da Arbitragem pode ser, de acordo com o Artigo 2º, *caput*, de direito ou de equidade, em que, (parágrafo 1º) as partes podem deliberar pelas regras de direito aplicáveis ao caso, exceto se atentatório à ordem pública e aos bons costumes, (parágrafo 2º) escolhendo os princípios gerais do direito, usos e costumes ou em regras comerciais internacionais. Delgado (1999) e Tartuce (2008) sustentam que está nessa característica a chave da arbitragem, que autonomamente ante a Justiça Estatal, as partes de forma madura, com base em seus negócios e interesses, solucionam suas contendas patrimoniais com base em regras exclusivas ao caso. Ademais, está na arbitragem a disciplinaridade de escolher árbitros que, inteirados, técnicos do assunto, possam tomar decisões sem necessárias e burocráticas participações de peritos judiciais – sem assim dizer que as perícias estão dispensadas em totalidade na arbitragem.

Dispõe o Artigo 3º da Lei de Mediação que o próprio interesse pela arbitragem pode ser “reservado” através da convenção de arbitragem, que engloba a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Estas, explicadas pelo Artigo 4º como sendo espécies de contrato em que as partes ao ingressar em um negócio firmam a fim de solucionar suas demandas primeiramente pela arbitragem.

Da Cunha (2020), explica que as cláusulas compromissórias podem definir expressamente a obrigação de solucionar a contenda em um número específico de dias e com a figura do (s) árbitro (s) e/ou do juízo arbitral que deliberarem já na assinatura da cláusula. São estas as cláusulas compromissórias cheias. Entretanto, podem apenas representar que têm o interesse e dependem de convite para a participação do procedimento.

Delgado (1999) defende que a celeridade da arbitragem tem sido seu maior chamariz para as atividades econômicas que, evitando envolver seus nomes com litígios judiciais, tem decididas suas causas rapidamente com a garantia de que a vontade que dá impulso ao negócio será a mesma ainda que na atividade de solução de conflitos. O sigilo, ainda que não previsto pela Lei de Arbitragem é, conforme Simão e Hasson (2020), um elemento importante na promoção da segurança jurídica tão almejada pelo empresariado e, considerando a não rigidez das regras a serem aplicadas, as normativas escolhidas podem inclusive coincidir com

características do negócio ou provirem de nações de onde partam os participantes da atividade econômica.

O desenraizamento da atividade arbitral é outro argumento que chama a atenção para o procedimento, principalmente no que concerne a possibilidade de escolher câmaras arbitrais internacionais e posteriormente homologar as sentenças (arbitrais). Isso permite perseguir expertise ligada a matéria e/ou, condensar a solução de contendas da atividade empresarial em determinada localidade. Enfim, as vantagens evidenciam claramente as mudanças socioeconômicas e tecnológicas dos dias atuais e, demonstram, frente a uma justiça conservadora e anacrônica, que não consegue acompanhar o dinamismo de setores cujas atividades precisam de velocidade nas decisões e, que as decisões necessitam de efetividade, unicamente encontrada na expertise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que as emergências sociais que emergiram na criação dos grandes tratados de direitos humanos, ainda que não vinculantes ao direito nacional, faz com que haja a busca de garantias mais efetivas a esses direitos. Isto se relaciona com a afirmação da dignidade da pessoa humana no direito de acesso à ordem jurídica justa. Entretanto, a garantia de acesso à justiça torna-se cada vez mais difícil com o aumento dos tipos de direitos tutelados pelo Estado. De modo que, além do aumento vertiginoso do número de processos, a efetividade da justiça foi *colocada em xeque* tanto pela demora das decisões, quanto da pluralidade de desdobramentos cabíveis às matérias dado desenvolvimento socioeconômico e cultural.

Torna-se de incumbência do Judiciário a atividade de reconhecer novos direitos, meio termo na garantia da abstrata dignidade da pessoa humana. Tronando assim, necessário ao Legislativo o reconhecimento da importância das novas matérias e do acolhimento na jurisprudência nacional de outras formas de solucionar conflitos que não apenas pela via do judiciário. Sob esta égide está alicerçada a aplicabilidade de outros mecanismos, entendidos como meios adequados de solução de conflitos, estes, expertos na devolução do conflito aos conflitantes que, a partir da comunicação e em auxílio de terceiros imparciais, escolhidos ou anuídos pelas partes, assumem (com particularidades) a atividade de encontrar saídas para as contendas.

É sobre esse ânimo que as MASCs ganham respeito por proporcionar aos cidadãos verem alternativas a seus conflitos que não pelas vias do judiciário, podendo alcançar

profissionais especializados, suporte específicos para demandas específicas, redução dos custos processuais, participação nas decisões que impactam suas vidas, autonomia para deliberar sobre a matéria ou parte dela, discricionariade para a escolha das *regras do jogo*, dentre outros benefícios. Ainda assim, sem perder a tutela do Estado, que pode ser acionado para a execução dos títulos obtidos ou para, escolherem pelo litígio. Em suma, os meios adequados apenas são substitutivos na medida da anuência das partes, proporcionando pluralidade de formas de solucionar conflitos.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Alzira Alves de. A mídia na transição democrática brasileira. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 48, p. 53-65, 2005. Disponível em: <https://repositorio.iscte-iul.pt/handle/10071/193>. Acesso em: 01 ago. 2023.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social-Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 5, n. 48, 2003. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747>. Acesso em: 01 ago. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 01 ago. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 01 ago. 2023.
- CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educação & Sociedade**, v. 33, p. 715-726, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/phjDZW7SVBf3FnfNL4mJyWL/>. Acesso em: 01 ago. 2023.
- CNJ. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasília: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 01 ago. 2023.
- DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 1, n. 1, p. 140-162, 2020. Disponível em: <https://www.academia.edu/download/64245953/Artigo%20publicado%20na%20Revista%20da%20ANNEP.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.
- DA FONSECA JANON, Renato. A toga de marfim: a elitização da Justiça na literatura brasileira. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 24, n. 2, p. 87-96, 2020. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/414>. Acesso em: 01 ago. 2023.
- DA SILVA, Queli Cristiane Schiefelbein. O acesso à justiça como direito humano fundamental: retomada histórica para se chegar à concepção atual. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 121-139, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1565>. Acesso em: 01 ago. 2023.

DELGADO, José Augusto. A Arbitragem: direito processual da cidadania. **Revista Jurídica**, p. 05-18, 1999. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79060220.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

DOS SANTOS, Elaine Cler Alexandre; BORGES, Pedro Pereira. Mediação como instrumento para solução de conflitos: direito fundamental de acesso à justiça. **Revista de Direito Brasileira**, v. 20, n. 8, p. 146-173, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2018.v20i8.3168>. Acesso em: 01 ago. 2023.

FONSECA, Felipe Camara; LIMA, Walber Cunha. A Importância da Mediação e Conciliação no Combate ao Congestionamento do Poder Judiciário Brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN**, n. 5, p. 52-72, 2021. Disponível em: <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/769>. Acesso em: 01 ago. 2023.

LASCALA, Maria Carolina Florentino; DE FREITAS, Riva Sobrado. O Brasil e a cooperação jurídica internacional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 6, n. 18, p. 97-119, 2012. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/337>. Acesso em: 01 ago. 2023.

MARASCA, Elisângela Nedel. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania. **Revista Direito em Debate**, v. 16, n. 27-28, 2007. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668>. Acesso em: 01 ago. 2023.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e conciliação judicial: a importância da capacitação e de seus desafios. **Sequência**, Florianópolis, p. 255-279, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/99rC4BwcCsr5tyYjjfqYHR/>. Acesso em: 01 ago. 2023.

SIMÃO, Isabella Calabrese; HASSON, Roland. **A arbitragem como solução econômica frente à crise do poder judiciário**. 2020. Disponível em: <http://www.camesc.com.br/wp-content/uploads/2020/07/A-ARBITRAGEM-COMO-SOLU%C3%87%C3%83O-ECON%C3%94MICA-FRENTE-%C3%80-CRISE-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO-Roland-Hasson-e-Isabella-Calabrese-Sim%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2008.

TROIANO, Mariele. **O processo de incorporação dos novos direitos e a consolidação da democracia no Brasil**. Araraquara: Encontro Internacional - UNESP, 2013. Disponível em: <https://www.fclar.unesp.br/Home/Pesquisa/GruposdePesquisa/participacaodemocraciaepoliticaspublicas/encontrosinternacionais/pdf-st15-trab-aceito-0367-8.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO PARA CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO DEMOCRÁTICO

Juliana Inês Urnau¹

Angela Araujo da Silveira Espindola²

RESUMO: O modelo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1988, no Brasil, foi a de um Estado Democrático de Direito, o que deve reverberar para um processo democrático. A presente pesquisa busca responder a pergunta de em que medida o princípio do contraditório pode contribuir para a construção de um modelo democrático de processo? Para responder a essa problemática, objetivou-se apresentar elementos de compreensão sobre o contraditório como princípio norteador para a mudança paradigmática capaz de democratizar o processo. De forma específica, objetivou-se apresentar a estrutura de uma jurisdição em crise com os paradigmas racionalista e de discricionariedade e verificar o papel do princípio do contraditório para a democratização processual e superação da crise. Para tanto, a teoria de base e “metodologia” de abordagem foi a hermenêutica-fenomenológica, a partir dos procedimentos bibliográfico e documental e as técnicas de resumo e fichamento. Como resultados, foi possível perceber que a crise da jurisdição exige uma mudança de paradigma. Além disso, que há diversas formas de contraditório, a fim de se observar a temporalidade de diversas demandas. Dessa forma, conclui-se que o contraditório pode colaborar para a democratização processual, a fim de atribuir responsabilidades para todas as partes do processo.

PALAVRAS-CHAVE: contraditório; processo; democracia.

INTRODUÇÃO

O Brasil possui um modelo de Estado Democrático de Direito instituído com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 - CF/88. Somado a isso, a Constituição foi promulgada com diversas diretrizes e objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro. No âmbito da jurisdição, com o Código de Processo Civil de 2015, que deve ser interpretado à luz do constitucionalismo, busca-se a construção de um Processo democrático, que seja garantia.

¹ Mestranda em Direitos na sociedade em rede: atores, fatores e processos na mundialização do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria - PPGD/UFSM. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Phronesis: Jurisdição e Humanidades do PPGD/UFSM. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7670690199938868>. E-mail: julianaurnau@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professora Associada do Departamento de Direito da UFSM. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFSM. Líder do Grupo de Pesquisa PHRONESIS: Jurisdição e Humanidades do PPGD/UFSM. Membro fundadora e Presidente da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8242346710380248>. E-mail: angela.espindola@ufsm.br

Para isso, o contraditório aparece como princípio constitucional que possui capacidade de tornar o processo mais democrático. Aí reside o objeto desta pesquisa, que é a construção de uma democratização processual a partir do contraditório. De forma delimitada, se está a compreender esse processo no âmbito da jurisdição brasileira, no contexto de uma modernidade em crise, do início do Século XXI - momento atual.

O problema de pesquisa a ser enfrentado é em que medida o princípio do contraditório pode contribuir para a construção de um modelo democrático de processo? pensado a partir das exigências de mudanças que a democracia enuncia. Além disso, no entendimento de que Direito é uma ciência da compreensão, e que a construção de sentido faz parte do deslinde de uma demanda.

Como objetivo geral, buscou-se apresentar elementos de compreensão sobre o contraditório como princípio norteador para a mudança paradigmática capaz de democratizar o processo. De forma específica, objetivou-se primeiramente apresentar a estrutura de uma jurisdição em crise com os paradigmas racionalista e de discricionariedade. Após, verificar o papel do princípio do contraditório para a democratização processual e superação da crise.

Para tanto, utilizou-se como teoria de base e “metodologia” de abordagem a hermenêutica-fenomenológico, a fim de apresentar elementos de compreensão sobre a construção de um processo democrático em contraditório, a partir da virada linguística. Ainda, como procedimento foram utilizados bibliografias e documentos, a partir das técnicas de resumos e fichamentos.

A pesquisa se justifica na importância do tema para evidenciar a crise paradigmática vivida e a forma que o Direito assume. Além disso, busca contribuir para pensar em formas de superar a crise e, assim, criar bases para uma nova forma de Direito que seja capaz de tutelar os direitos de uma sociedade em rede³.

Dessa forma, a pesquisa foi dividida em dois capítulos. O primeiro mostra a construção de um Estado e de um Processo Democrático que se encontram em crise e precisam ser refundados. O segundo capítulo fala especificamente sobre o princípio do contraditório no âmbito do processo como forma de democratização, como condição de possibilidade para um processo constitucional.

³ A Sociedade em Rede é um termo de Manuel Castells para definir a forma de sociedade em que as relações se dão em rede e que a forma de espaço e tempo é alterada (Castells, 2021, 2022).

1 A CONSTRUÇÃO DE UM PROCESSO DEMOCRÁTICO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, (CF/88) instaurou um modelo de Estado Democrático de Direito (artigo 1º). Ser um Estado de Direito denota a hierarquia das regras jurídicas, a limitação do poder do Estado, que se submete às leis e assim, Estado e Direito são complementares e interdependentes (Streck; Moraes, 2014).

Esse modelo de Estado, que ainda é um Estado Moderno Liberal, com a roupagem Democrática assume ainda outras características, que buscam a transformação do *status quo* e a igualdade como objetivos. Assim, o modelo redesenhado pela CF/88 representa uma ruptura com um texto de caráter dirigente e compromissório (Streck; Moraes, 2014).

Na perspectiva processual, é possível verificar que os modelos de Estado reverberam no modelo de processo que é desenvolvido e que repercute. Assim, um Estado que se pretende democrático, deve possuir também um modelo jurídico, e processual, que seja condizente. Porém, assim como a democracia enfrenta uma crise (Streck; Moraes, 2014) a jurisdição também enfrenta uma crise, sendo hoje caracterizada como neoliberal ou de pseudo-socialização (Nunes, 2009).

Para entender essa crise, é importante compreender a construção histórica do processo no Estado Moderno. O primeiro grande paradigma estatal é o Estado Liberal. Com o seu desenvolvimento, cria-se também um processo liberal. Nesse modelo, há a predominância dos direitos individuais e principalmente patrimoniais, e um enfoque racionalista quanto a jurisdição, que deve ser matemática e seguir o método da subsunção (Baptista da Silva, 2004).

Nesse sentido, o judiciário é passivo e deve apenas extrair o sentido das leis. O enfoque está no legislador, que produz os códigos, que idealmente continham toda a realidade social que poderia alcançar o judiciário. Por causa de todas essas características do Estado Liberal e do racionalismo, o processo é essencialmente escrito e o juiz só reproduz o sentido contido na lei (Baptista da Silva, 2004). Dessa forma, alcança-se uma “jurisdição segura e previsível” também para os interesses econômicos (Baptista da Silva, 1997).

Ainda, as partes eram as soberanas de seus interesses e, assim, predominavam os princípios da igualdade formal e o princípio dispositivo, que pressupõem que não há disparidade entre as partes, que o processo pertencia às partes e a sua autonomia privada e o juiz deveria ser neutro e encontrar a verdade após um procedimento exauriente (Nunes, 2009). Desse modelo, subsiste ainda um paradigma racionalista, com a prevalência de uma cognição

exauriente e da ordinaryidade do procedimento (Baptista da Silva, 2004), em uma dualidade entre o racional cartesiano e o irracional:

A reação ao paradigma racionalista e ao pensamento linear-cartesiano acabou produzindo um decisionismo, uma absoluta irracionalidade. A jurisdição hoje vive entre dois extremos: de um lado o juiz boca-da-lei de Montesquieu e de outro o juiz-vespa de Aristófanes (juiz arbitrário). De um lado o racionalismo, de outro a irracionalidade (Espindola, 2008, p. 22).

Com o tempo, passa-se a haver uma maior exigência por direitos sociais, devido a insatisfação com a sociedade industrial e a luta de classes e, assim, ocorre a socialização do Estado - e do processo. Instaura-se um Estado Social, que não abandona de um todo o Estado Liberal. Surge, então, um novo paradigma voltado para o bem-estar e o desenvolvimento social, em que a lei passa a ter um caráter material mais forte para as prestações positivas do Estado (Streck; Moraes, 2014). Nessa nova fase, o poder das partes fica mais limitado e os magistrados passam a ter mais poderes para agir em favor dos direitos sociais. É, assim, um processo caracterizado como uma instituição estatal de bem estar social e, no processo, com a prevalência da oralidade e do protagonismo judicial, onde o juiz é o soberano da lei (Nunes, 2009).

No Brasil a socialização foi implementada legislativamente já pelo Código de Processo Civil de 1973, pela inclusão da oralidade. Porém, apesar da legislação ser socializadora e oral, a condução do procedimento ainda se dá como se a legislação fosse liberal e escrita. Além disso, foi implementado no Brasil o reforço do papel do juiz, que seria privilegiado cognitivamente, e com isso o desenvolvimento dos decisionismos e discricionariedade (Nunes, 2009) - dois paradigmas que subsistem.

O Código de Processo Civil de 2015 já foi instaurado sob a égide da CF/88 e, neste caminho, estabeleceu mudanças em busca de construir um processo democrático. O artigo 1º dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais” da CF/88. Além disso, estabeleceu o dever de fundamentação das decisões (artigo 489) e o que não se considera uma decisão fundamentada (artigo 489, §1º), além disso, que os “tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (artigo 926).

Ocorre que a promessa de um Estado Democrático e de uma constitucionalização do processo não se concretizou. A partir da década de 1990 foram realizadas diversas reformas constitucionais que reforçaram o papel dos juízes na atuação jurisdicional, bem como a

percepção do processo como instrumento, em busca de celeridade e segurança jurídica (Nunes, 2008).

Exemplo disso é o Documento Técnico 319, de 1996, elaborado pelo Banco Central dos Estados Unidos da América - EUA, para a reforma do judiciário do Caribe e América Latina, que levou a uma reestruturação no judiciário brasileiro para dar mais segurança jurídica para o mercado (Dakolias, 1996) e contribuiu para a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e os Pactos de Estado.

Assim, o processo se afirmou como um Processo Neoliberal ou ainda de Pseudo-socialização (Nunes, 2009). Nesse cenário, houve a manutenção do paradigma racionalista e do paradigma social de protagonismo judicial por parte dos magistrados. Consequentemente, o processo não passou a ser democrático e continuou a ser observado como instrumento para concretização dos interesses do cidadão consumidor (Nunes, 2009).

Isso porque, quando o processo passou a ser um estudo independente, a visão sobre ele era meramente instrumental e desvinculada do contexto. Passado o período liberal e de socialização, quando se inicia o processo de constitucionalização, isso muda e o direito processual para a ser visto como não neutro, como uma garantia, essencial a uma estrutura democrática (Nunes, 2009). Assim, o processo constitucional, democrático, tem o processo como garantia.

Os estados liberal, neoliberal e social não conseguem expor o uso do processo como garantia, mas essa característica é própria dos estados democráticos de direito (Nunes, 2009). Ainda, a constitucionalização, ao transcender o nível individual, cria novos direitos, em uma sociedade complexa, que essa jurisdição constitucional racionalista não dá conta (Espindola, 2008). Dessa forma, ocorre uma sobrecarga e crise do judiciário, que é também uma crise da modernidade:

Assumir a defesa da jurisdição exige esse enfrentamento da atual problemática jurídico-jurisdicional: diagnosticar a crise de paradigmas na qual a modernidade vê-se envolvida e os grilhões que mantêm a jurisdição ainda presa a valores já incompatíveis com a contemporaneidade, mas também arriscar uma proposta que possa superar as armadilhas do paradigma racionalista e as idéias iluministas e liberais, revisando o papel do jurista para além do modelo normativista ou funcionalista do direito. É preciso revisar as estruturas do direito processual civil (Espindola, 2008, p. 239).

A forma de lidar com a crise exige uma mudança paradigmática, a fim de construir um modelo de Processo Democrático, que consiga concretizar⁴ adequadamente novos direitos, inclusive coletivos (*lato sensu*) e, para isso, faz-se necessário ir além das reformas legislativas, mas refundar a jurisdição (Espindola, 2008).

2 O CONTRADITÓRIO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL

Dworkin (2005), ao conceber a sua teoria do Direito como integridade e coerência, aponta para a necessidade de que as decisões se baseiam nos argumentos de princípios a fim de afastar as arbitrariedades. Essa abordagem vê na linguagem e nos princípios constitucionais a condição de possibilidade para compreender/aplicar/interpretar o Direito (Motta, 2009).

Assim, princípios constitucionais são a lente/pré-compreensão com os quais se deve observar o processo (Motta, 2009). O que ocorre é um fechamento hermenêutico (Streck, 2009), já que a linguagem pública se interpõe como condição de possibilidade⁵ para compreender o mundo, e estabelecer limites para a interpretação.

Quanto aos princípios, é possível verificar que não se trata de princípios gerais do direito, mas de princípios em um sentido constitucional pragmático-problemático, que estão associados ao caráter transformador que o modelo de Estado Democrático impõe:

Em suma, cabe registrar que esses elementos que permeiam o conceito de princípios constitucionais (ou, se assim quisermos, os princípios do Constitucionalismo Contemporâneo), embora projetem maior luz para o fenômeno da decisão judicial, não podem ser tidos como permissivas para livre criação jurisprudencial do Direito. O dever de fundamentação das decisões somente é plenamente satisfeito na medida em que as decisões se apresentam adequadas à Constituição. Os princípios constitucionais oferecem espaços argumentativos - de caráter deontológico - que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões. Isto é, princípios não são escolhas e tampouco construções arbitrárias. Afinal, o conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestações histórico-cultural que expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum. Não existe uma “regra de reconhecimento” por meio da qual se possa reconhecer princípios enquanto princípios *jurídicos* previamente - *prévia e arbitrariamente*. Princípios não cabem em convenções (Streck, 2020, p. 373).

⁴ A ideia de concretizar direitos busca ir além de reparar direitos que já foram violados. Assim, “Concretizar direitos não é apenas reparar lesão a direito material. Tutelar direitos não é aguardar a violação de uma norma jurídica ou simplesmente “dizer” o direito. Não raros são os direitos para os quais a tutela repressiva é inútil ou de escassos efeitos” (Espindola, 2008, p. 64).

⁵ Trata-se da virada linguística em que a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, e passa a ser vista como condição de possibilidade para compreender o mundo - é uma questão existencial da filosofia heideggeriana (Heidegger, 2002; Streck, 2020, p. 123-126).

Assim, os princípios constitucionais, e nesse caso do estudo, o contraditório, devem servir de lente para se observar o processo, assim como de paradigma para a jurisdição. O princípio do contraditório é constitucional e consta como uma das garantias constitucionais no artigo 5º, inciso LV, tanto para o processo judicial quanto para o administrativo. O CPC de 2015 também dispõe expressamente sobre esse princípio, no seu artigo 7º, como garantia do “efetivo contraditório” às partes. Mas, é preciso questionar a o que se refere esse princípio, se mera bilateralidade de audiência ou alguma outra construção.

Dierle Nunes (2008), em sua tese, aborda o contraditório a partir dos conceitos de policentrismo e a comparticipação processuais. Essas definições são direcionadas a construção de um horizonte no processo democrático, a partir da Constituição, em que o contraditório é condição de possibilidade para isso. Tal acepção busca equilibrar o pêndulo entre os processos decorrentes dos Estados Liberal e Social e, assim, equilibrar também o papel que as partes assumem no processo (Nunes, 2008).

Retomando, a Processo Liberal figurava com uma maior ênfase no papel das partes, por meio da concepção da igualdade formal processual. Após, no Processo Social foi conferido maior poder para a figura do juiz, que deveria suprir as demandas sociais dentro do processo e buscar uma igualdade material. Essa ênfase no judiciário se perpetuou ainda no Processo Neoliberal, vivenciado no Brasil hoje, em que ainda há um enfoque na prestação jurisdicional. Picardi (2008) aponta que o século XXI é vocacionado ao poder judiciário. Em contraproposta, Dierle aponta que um Processo Democrático deve equilibrar esses dois lados para conferir maior responsabilidade para todos os sujeitos do Processo, em que não há submissão, mas interdependência (Nunes, 2008).

Assim, ele propõe a comparticipação e o policentrismo. Em outras palavras se trata de entender o Processo não apenas centrado na figura do juiz, mas com equilíbrio entre o papel de todas as partes; e de observar a necessidade de uma participação conjunta por meio do contraditório, para que os assuntos controvertidos sejam debatidos, que as partes tenham possibilidade de influência, e seja respeitado o princípio da não-surpresa. Assim, as partes também se responsabilizam pela formação da decisão (Nunes, 2008):

Se um contraditório dinâmico como garantia de influência fosse assegurado, com base em uma lógica policêntrica e comparticipativa; se os sujeitos processuais soubessem manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente; se se acabasse com a busca tão somente do protagonismo judicial, da alta produtividade decisória e da rapidez procedimental a qualquer preço; se se parasse de enxergar o processo como um instrumento técnico a serviço do juiz e que se constitui em entrave

formal para o cidadão-cliente de serviços, a democratização processual se imporia nos discursos de aplicação normativa (Nunes, 2009, p. 247).

Nesse sentido e sob uma perspectiva democrática, “o contraditório vem reassumir o seu papel de fomentador e garantidor da comparticipação e do debate, ao ser encarado em perspectiva normativa” (Nunes, 2009, p. 258). Assim, essa perspectiva descentralizadora do poder, no âmbito do processo, contribui para a democratização, quando o CPC determina o contraditório efetivo, no caso de ser observado sobre esta nova perspectiva policêntrica e comparticipativa (Isaia, 2017, p. 269). Pela perspectiva hermenêutica, também é possível ponderar o contraditório como o dever de fundamentação do juiz, a fim de que sejam alcançadas as respostas corretas:

Neste sentido, o que garantirá um contraditório efetivo é, em última análise, a fundamentação “completa” do provimento jurisdicional, que deve fornecer boas justificativas para descartar a(s) teoria(s) proposta(s) pela(s) parte(s), aí incluídas as razões que expliquem porque é a sua teoria a que melhor interpreta a prática do Direito como um todo. No fundo, não pedimos mais do que já pedia Ovídio Baptista: que os juízes, no mínimo, justifiquem de modo sincero suas decisões, esclarecendo às partes porque tal argumento foi vencedor e não o outro, submetendo a sua decisão à crítica e ao recurso (Motta, 2009, p. 162).

Porém, há de se considerar a temporalidade ao se falar em contraditório. Como dito anteriormente, a subsistência de um paradigma racionalista fez com que se adotasse a cognição exauriente e o processo ordinário como regras (Baptista da Silva, 2009). Ocorre que novas temporalidades são acrescentadas pelas novas demandas, como é o caso do tempo glacial nas questões ambientais e o tempo intemporal da sociedade em rede e do paradigma informacional (Castells, 2021). Assim, o contraditório, como elemento essencial, também assume outras formas a fim de tutelar as demandas para além do processo ordinário e exauriente.

Espindola (2008) propõe uma releitura/revisão do princípio do contraditório. Isso porque além do contraditório prévio, do modelo exauriente, existe também o contraditório diferido e eventual, que possibilitam o julgamento por meio da verossimilhança (Baptista da Silva, 2004). Nesse sentido:

Ao lado do contraditório diferido, há o eventual. Estes dois – o diferido e o eventual – rompem com a coerência retórica do paradigma racionalista, provocando uma fissura na ordem linear da ordinaryidade. Enquanto o contraditório diferido inverte as fases do *ordo judiciorum privatorum*, mas mantém o contraditório no processo; o contraditório eventual, na verdade, elimina o contraditório do interior da demanda, enviando-o para uma outra relação processual. A presença do contraditório eventual significa que o contraditório da demanda foi transferido para uma outra ação: (a) uma ação incidental, a exemplo do que se vê nos embargos à execução; (b) uma ação

independente, a exemplo do que se vê nas possessórias e nas ações cambiárias; ou (c) uma ação particular, como ocorre nas ações de desapropriação e na ação de busca e apreensão do Decreto-lei 911/69. A inversão que ocorre no contraditório eventual transborda os limites da ordem linear da ordinariedade, pois que há uma inversão na posição das partes, diferentemente do que se dá no contraditório prévio ou no contraditório diferido. No contraditório eventual, aquele que figurava inicialmente como autor torna-se réu na ação plenária subsequente. Assim, o contraditório eventual vai provocar a inversão da posição das partes e, conseqüentemente, uma inversão do contraditório por força da autonomia emprestada àquilo que seria a fase inicial da demanda (se o contraditório fosse diferido) (Espindola, 2008, p. 255).

Assim, a releitura proposta leva em conta a leveza hermenêutica, que observa o ritmo processual na concretização dos direitos, com a sumarização material das demandas, o que já é observado em partes pelo CPC de 2015 que teve incluído as tutelas provisórias em seu texto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema enfrentado com esta pesquisa foi verificar em que medida o princípio do contraditório pode contribuir para a construção de um modelo democrático de processo, pensado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Foi possível observar que pensar no processo necessariamente perpassa por observar também os modelos de Estado. Nesse sentido, do Estado de Direito, ficaram heranças dos paradigmas racionalista e da discricionariedade. Além disso, que ao promulgar um Estado Democrático, com as reformas ocorridas a partir da década de 1990, instaurou-se um processo neoliberal, com a valorização do papel do juiz, da ordinariedade e da cognição exauriente, a fim de assegurar segurança e estabilidade das relações econômicas.

Nesse sentido, que a crise da modernidade se aprofunda também na jurisdição e que, para superar essa crise, é preciso refundar a jurisdição, reformar as estruturas que sustentam o modelo de processo e, conseqüentemente, estabelecer uma mudança de paradigma.

O contraditório, a partir disso, se apresenta como um princípio constitucional capaz de contribuir para a democratização processual - para a mudança de paradigma. Isso porque com a hermenêutica e a aproximação desta com Dworkin, passa-se a compreender/interpretar/aplicar o Direito - e também o processo - a partir da lente dos princípios constitucionais.

Assim, pensar em um contraditório efetivo, como disposto no CPC de 2015, a partir da CF/88, é pensar em um processo democrático. Assim, um contraditório policêntrico e participativo que equilibra o papel das partes, garante a não-surpresa nas decisões e o direito a influenciar na tomada de decisão dos processos, leva em conta a responsabilidade de todas as partes e a descentralização do poder.

Por fim, ressalta-se que o contraditório prévio não exclui outras formas de contraditório como o diferido e o eventual, que são outras formas que observam o ritmo processual para tutela dos diversos direitos e demandas que um Estado Democrático atende.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 24. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

DAKOLIAS, Maria. Documento Técnico nº 319. **O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma**. Washington: Banco Mundial Washington, 1996. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Superação do Racionalismo no Processo Civil enquanto Condição de Possibilidade para a Construção das Tutelas Preventivas: um problema de estrutura ou função?** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale dos Rios do Sino, São Leopoldo, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo**. Curitiba: Juruá, 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CONSTITUCIONALISMO BIOPOLÍTICO E GOVERNAMENTALIDADE JUDICIAL: ADO N.º 26/2019 EM TEMPOS DE CAPITALISMO IDENTITÁRIO

Rafael Reis Aguiar¹

Monique Rodrigues Lopes²

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar o processo de produção judicial de identidades LGBTQIA+ a partir da dinâmica da governamentalidade neoliberal. A hipótese que se levanta é que o Poder Judiciário é um agente ativo no processo de incorporação e assimilação de sexo-gênero-dissidências, uma vez que atua sob a racionalidade neoliberal de inclusão-excludente. Para tanto, trabalharemos os processos de subjetivação pelo neoliberalismo, a relação entre a biopolítica e a produção jurisdicional de identidades sexuais no Brasil. Por fim, trabalharemos de forma racialmente crítica a decisão recente do Supremo Tribunal Federal na ADO 26/2019 que ensejou na criminalização da LGBTQIA+fobia.

PALAVRAS-CHAVE: capital sexual; biopolítica; racismo estrutural.

INTRODUÇÃO

Em 13 de junho de 2019 o pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por, historicamente, não legislar sobre a criminalização de violências com motivações homolebotransfóbicas. O julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, doravante ADO n.º 26, relatada pelo ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção n.º 4733, doravante MI n.º 4733, por maioria de oito votos a favor e três contrários, entendeu por reconhecer a inconstitucional mora do Congresso Nacional em cumprir o mandado de incriminação, previstos ao art. 5º, XLI e XLII, da Constituição de 1988, voltados à reprimenda de atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+.

Essa decisão já nasceu com status de paradigmática, tendo em vista que, pela primeira vez na história institucional do STF, no período democrático, a Corte entendeu por interpretar

¹ Doutorando em “Direito, Estado e Constituição”- PPGD/UnB, mestre em “Novos Sujeitos, Novos Direitos” - PPGD/UFOP, especialista em “Epistemologías del Sur” (CLACSO Argentina) e em Direito Público (PUC Minas). Advogado, pesquisador e consultor em Direito & Diversidades. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4102678602683409>

² Advogada e Doutoranda em “Teoria e História do Direito”- PPGD/UFSC; Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais -PPGSD/UFRJ; Especialista em Filosofia e Sociologia (FETREMIS/RS) Bacharela em Direito- UNESA/RJ e Historiadora- UFV/MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1558067496700097>

conforme a Constituição uma conduta no sentido de criminalizá-la. A partir de um entendimento da categoria “racismo social” enquanto gênero, a homolesbotransfobia foi hermenêuticamente alocada como espécie, justificando essa possibilidade na própria jurisprudência do Supremo pelo caso Ellwanger (HC 82.424/RS).

Desde seu ajuizamento pelo Partido Popular Socialista (PPS) o entendimento sobre as benesses da criminalização esteve em disputa. No próprio movimento LGBTQIA+ é possível identificar disputas em torno da pauta. Foram admitidos como *amici curiae*, sob argumento de vocalização das reivindicações da comunidade LGBTQIA+ o Grupo Gay da Bahia (GGB), Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Intersexos (ABGLT), Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVS), Grupo Dignidade e a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA).

A adesão à defesa da criminalização se deu majoritariamente pelos movimentos sociais *mainstream*³, ou seja, mais institucionalizados, ao tempo em que o viés crítico inflamou os debates acadêmicos, nos movimentos antirracistas abolicionistas e nas redes sociais. Aquém de qualquer possibilidade de dicotomização, a compreensão sobre a criminalização da LGBTQIA+fobia é ambígua, polissêmica e difusa. O presente trabalho elaborará seu esforço no sentido de diagnosticar uma atuação sistemática não dos movimentos sociais do estrato LGBTQIA+ mas sim do Supremo Tribunal Federal, que atualiza sua consolidação como o espaço estatal protagonista onde direitos LGBTQIA+ são garantidos.

Para tanto, comprometido com a insubordinação intrínseca a crítica, pretendo trazer perspectivas de Pierre Dardot e Christian Laval para diagnosticar os efeitos da economia psíquica do neoliberalismo ao fazer do mercado um espaço de veridicção, ou seja, um espaço de dizer-a-verdade sobre as vidas passíveis de investimento econômico, social, político etc. Nesse processo, desvenda-se o sujeito neoliberal como sujeito-empREENDEDOR.

Em seguida, trabalharemos a partir de Michel Foucault, Wendy Brown e Sam Bourcier, como as sexualidades e os gêneros são constituídos como campos de investimento do poder a partir do século XIX. Por fim, abordaremos mais diretamente os potenciais efeitos dessa

³ Michael Warner em 1990 traz uma crítica ao classismo e ao racismo presente ao antigo movimento gay e lésbico majoritário nos EUA que pode ser aplicado diretamente ao contexto brasileiro, especialmente quando vemos a maioria das partes envolvidas no julgamento da ADO n.º 26/2019: advogados, ministros, membros do Ministério Público *amici curiae*, influenciados por um liberalismo político no Direito que despolitiza a diferença e a reduz à um argumento de tolerância liberal à diversidade: “Este ambiente significa que as instituições da cultura *queer* têm sido dominadas por aqueles com capital: tipicamente, homens brancos de classe média. A política de aliança apenas começou a corrigir esse problema estrutural na política *queer*. Mas tais condições significam que os requisitos estratégicos podem ser diferentes, mesmo quando as pessoas agem com a melhor fé” (Warner, 1990, p. 17).

inclusão jurídica formal advinda do discurso criminalizante da LGBTQIA+fobia na população jovem negra periférica brasileira. O artigo se aloca em um esforço queer às reivindicações dos movimentos LGBTQIA+ *mainstream* que se utilizam do Direito para emular a exclusão-includente, tornando os juristas a mão-de-obra para uma gestão da diversidade cujo custo é a população negra jovem periférica.

1 O SUJEITO E O PODER EM TEMPOS DE NEOLIBERALISMO: A GOVERNAMENTALIDADE DAS IDENTIDADES SEXUAIS NO BRASIL

Na construção do pensamento de Michel Foucault sobre a analítica do poder o teórico afirma que, após a revolução industrial no século XIX e a materialização do lucro pelo excesso de produção, o social e suas dinâmicas de poder tiveram que se reorganizar para defender essa forma de materializada do capital. As sociedades industriais demandaram uma nova forma de sistema punitivo voltado para a preservação do corpo e da vida dos indivíduos. Tal preservação se daria através da vigilância constante a fim de produzir por meio de técnicas um saber sobre esses corpos e subjetividades e, por meio desse conhecimento extraído, exercer um poder de controle.

O controle se instrumentalizou desde a criminalização de práticas atentatórias aos meios de produção capitalistas até a psiquiatrização de hábitos e desejos que afrontassem a racionalidade hegemônica, qual seja, aquela também voltada para a manutenção das relações de produção capitalistas. Tais ferramentas de sujeição foram fundamentais para o desenvolvimentismo estratégico moderno ocidental fixado na linha progressiva do capitalismo sobre o binômio “lucro econômico-utilidade política”. A burguesia, na realidade, não se interessa com o perverso, com o pederasta, ou com o criminoso. O que a burguesa se interessa na realidade é “pelo conjunto de mecanismos que controlam, segue, punem e reformam” (Foucault, 2018, p. 288) os anormais e, por que razão, os produzem.

Esse movimento tem como principal vetor as subjetividades. Se por meio dos mecanismos de saber-poder o poder soberano se exercia justificando sua centralidade, pós-revoluções industriais o poder de dizer a necessidade de governo e a verdade a ser realizada é o mercado. O sujeito, nessa dinâmica, é moldado não mais pela caserna, pela fábrica, pela prisão. O mercado passa a ser o lugar de produção da verdade sobre os sujeitos e a realizar a subjetivação de seus pressupostos nos indivíduos por meio dos processos de socialização. Nesse sentido, nos elucida Dardot e Laval:

[...] governar é conduzir a conduta dos homens, desde que se especifique que essa conduta é tanto aquela que se tem para consigo mesmo quanto aquele que se tem para com os outros. É nisso que o governo requerer liberdade como condição de possibilidade: governar não é governar contra a liberdade ou a despeito da liberdade, mas governar pela liberdade, isto é, agir ativamente no espaço de liberdade de liberdade dado aos indivíduos para que estes venham a conformar-se por si mesmos a certas normas (Dardot; Laval, 2016, p. 18-19).

Não há mais interesse que instituições funcionem como neutralizadoras de certas vidas. O sequestro social causado pelos manicômios, pelo exército, pelas prisões não são as instituições privilegiadas do controle, exceto para grupos vulnerabilizados que são relegados prioritariamente a esses espaços precarizados, como as minorias étnico-raciais. Mas trabalharemos essa questão posteriormente. O que é importante nesta seção é identificar que o controle e o assujeitamento assumiu técnicas mais insidiosas, infiltrando-se em instituições, movimentos sociais hegemônicos e o próprio social.

Contudo, nessa estratégia, o protagonismo do mercado no assujeitamento é encoberto por um discurso de inclusão corporativa que, passando a falsa percepção de reconhecimento das diversidades, precariza cada vez mais a vida das vidas dissidentes das normas raciais, sexuais e de gênero. Se Laval e Dardot afirmam, em síntese, que “o neoliberalismo equivaleria, assim, à mercantilização implacável de toda a sociedade” (Dardot; Laval, 2016, p. 23), a sexualidade seria um campo privilegiado de investimento dessa forma de exercício do poder, sendo também atingida pela “generalização da forma-empresa” (Dardot; Laval, 2016, p. 27).

É um pressuposto do esforço teórico realizado que o desafio das sexo-gênero-dissidências consiste em traçar a crítica aos regimes poder-saber assentados na cisheteronormatividade compulsória como um regime de verdade/veracidade⁴ que se articula com a normatividade neoliberal em prol de hegemonia. Tem-se aí o papel do mercado como produtor de um regime de verdade que vai ditar, pelos seus próprios termos, as normatividades político-sociais por meio de estratégias governamentais. A função e a necessidade do mercado de produzir verdade vêm da alocação do mercado em um lugar privilegiado que viabiliza seu dizer-verdadeiro de acordo com suas necessidades.

Fala-se dos campos da raça, sexualidade e gênero não mais em pecado, crime ou patologia. Fala-se em habilidades sociais para o desenvolvimento de um empreendimento

⁴ Compreender-se-á por “regimes de verdade” um conjunto procedimental articulado para a produção de normatividades em prol do regular funcionamento de enunciados discursivos vinculados a sistemas de poder que as produzem e reproduzem a fim de manter, por exemplo, a hegemonia sobre os aparelhos de Estado (Foucault, 2013, p. 54). Para fins desse trabalho, temos como principais exemplos de regimes de verdade as ciências sociais e o mercado.

coletivo. Nesse esgarçamento das redes de solidariedade que pressupõem um progresso não individualista, o neoliberalismo incorpora os sujeitos fazendo com a percepção nessa nova forma de violência se dê de forma mais anestesiada, palatável, indolor, como uma compra “com um click”. Fala-se em competências para o futuro, habilidades sociais, capital humano. Por meio de “dispositivos de eficácia”, esse léxico facilita o acobertamento das práticas de subjetivação do sujeito-empresa pois este passa a ser o vetor principal do próprio assujeitamento:

Era preciso pensar e implantar, ‘por uma estratégia sem estrategistas’, os tipos de educação da mente, de controle do corpo, de organização do trabalho, moradia, descanso e lazer que seriam a forma institucional do novo ideal de homem, a um só tempo indivíduo calculador e trabalhador produtivo. Foi esse dispositivo de eficácia que forneceu à atividade econômica os ‘recursos humanos’ necessários, foi ele que produziu incessantemente as mentes e os corpos aptos a funcionar no grande circuito da produção e do consumo (Dardot; Laval, 2016, p. 324).

O governo dos corpos aprimorou-se para capilarizar-se mentes adentro, fazendo da capacidade produtiva, em todos os sentidos, o ápice da satisfação existencial na modernidade ocidental. O corpo continua passível de investimento do poder, mas não é preciso instituições de sequestro para fazê-lo: “o novo governo dos homens penetra até em seu pensamento, acompanha, orienta, estimula, educa esse pensamento” (Dardot; Laval, 2016, p. 325). Nesse sentido, o desafio contemporâneo, especialmente para aqueles grupos vulnerabilizados cuja reivindicação por igualdade radical é o baluarte de suas articulações, é pensar as inclusões de forma crítica. Pensar o papel emancipatório do direito de forma insubordinada à uma inclusão-por-analogia que, na realidade do cotidiano, só enquadra as vidas sexo-gênero dissidentes em formatações desconfortáveis e instrumentais à manutenção da ordem neoliberal de incorporação-precarização das diversidades.

Contra toda e qualquer autoridade impessoal, universal, homogeneizante, abstrata, imperial, a presente crítica *queer* ao Direito expõe a contradição performativa que o próprio Direito, geral e abstrato, sustenta ao incidir na microfísica das relações de poder, negando sua aplicação meramente subsuntiva e universalizante. Esse processo de saber-fazer torna a micropolítica *queer* um *antimétodo* de concretização de direitos em tempos de incorporação neoliberal, por cessar a negligência que a concretização jurídica de direitos comete ao ignorar a dimensão interseccional do sujeito de direito. Nesse sentido, nos diz Fernando Pocahy:

As insubordinações *queer*, assim como os (trans)feminismos interseccionais e pós-modernos, desarrumam e desfazem as certezas ordinárias - denunciando os desejos de

norma e aqueles movimentos mais apegados a formas de dominação. Seu contragolpe privilegiado parece ser a abertura a espaços-conexões para multidões em devir (multitudes) e para saberes-práticas que instauram outras epistemologias de mundo – notadamente aquelas formas de conhecer que se estabelecem na interpelação de raça/etnia, gênero e sexualidade em uma crítica contundente a esses dispositivos de saber-poder (Pocahy, 2016, p. 10).

Nessa perspectiva insurge na teoria crítica do Direito uma obrigação em complexificar os escopos de análise, superando caminhos analíticos fáceis universalizantes e optando pelo esforço de abraçar a complexidade ontológica do sujeito de direito, mesmo que a jurisdição constitucional entenda o contrário. Aquém de qualquer compromisso real de igualdade, o mercado apropriada de simbolismos identitários do movimento LGBTQIA+ em momentos de relevância para o movimento, como nos meses de junho em que se comemoram o Orgulho LGBTQIA+, a fim de envernizar suas práticas corporativas com algum grau de compromisso com democracia sexual ao tempo que apoiam pautas políticas alinhadas à direita neoconservadora, inviabilizam a empregabilidade de pessoas trans, especialmente as negras periféricas.

Esse processo aparente de inclusão consiste, na realidade, em um movimento de gestão da diversidade intrínseco às práticas neoliberais de inclusão assimilacionista. Quando Miskolci e Campana decidem realizar um exame da relação entre a formação jurídica e as demandas por reconhecimento no Brasil seu diagnóstico é certo ao desvelar o papel do Direito na dinâmica de poder de produz desigualdades a partir da diferença⁵. Ao ver dos autores, o Direito produz o normativo ao tempo em que o normativo produz o Direito. Ou seja, tal como os demais regimes de organização social e política, o Direito também é produto de relações de poder regidas por uma racionalidade objetiva. A especificidade do Direito, contudo, é que, sob o mando da neutralidade, imparcialidade e impessoalidade, acaba “apagando sua contingência de forma a reproduzir violências simbólicas típicas da sociedade em que ele se estabeleceu” (Miskolci; Campana, 2017, p. 56).

O léxico jurídico observa uma gramática governamental arraigada nas infraestruturas histórica, política e econômica do contexto espacial que deseja reger. Reflexo de seu passado e presente liberais, o Direito, geral e abstrato, universaliza seus enunciados de tal forma que é preciso analisar atentamente seus movimentos de inclusão-exclusão para enxergar o

⁵ Miskolci e Campana conceituam as categorias desigualdade e diferença no seguinte sentido: “Denominamos de desigualdade o contraste relacional entre sujeitos detentores de condições econômicas, culturais e mesmo de acesso privilegiado à justiça e aqueles/as que não detêm essas condições no mesmo nível. Diferenças, por sua vez, referem-se à forma como cada sociedade distingue/marca as pessoas com relação ao gênero, à sexualidade, à raça, etnia, geração, entre outras categorias.” (Miskolci; Campana, 2017, p. 56).

esgarçamento dos seus próprios pressupostos dados pelo constitucionalismo democrático. Acredito que uma importante contribuição das críticas *queers* é a desconfiança em torno das medidas de institucionalização tanto das subjetividades, quanto das coletividades, isso pois:

Os discursos jurídicos e a formação em Direito ainda constituem um conjunto de técnicas que buscam fazer o Outro se enquadrar ou ser reconhecido sem modificar as concepções hegemônicas de justiça e igualdade. Ou seja, demandas de reconhecimento e igualdade a partir da diferença tendem a ser enquadradas em um modelo legal inflexível e normativo. Podemos reavaliá-lo de forma que, ao invés de homogeneizar ou alocar confortavelmente cada um em uma gaveta por meio das diferenças possamos modificá-lo e atualizá-lo de forma a mudar sua histórica conformação aos interesses dos grupos dominantes (Miskolci; Campana, 2017, p. 58).

Feito esse diagnóstico preliminar é preciso avançar na crítica. Incessantemente. Quando nos voltamos para a atuação do STF em casos que versam sobre grupos vulnerabilizados a primeira expectativa é a de que a resposta seja incisivamente alinhada com a Constituição. Isso pois, se a competência da jurisdição constitucional é salvaguardar o texto constitucional, norma estruturante do edifício legal nacional, a resposta necessariamente deveria ser estruturada, a fim de rastrear e corrigir déficits no cumprimento da pedra angular jurídico-política dessa construção: a igualdade radical. Radical pois a raiz é o firmamento que viabiliza o desenvolvimento progressivo do corpo orgânico que ali se sustenta.

A biologia, reificada como estatuto de um regime de verdade, passa a ditar, com a formação dos Estados Modernos a ideia de que condições pré-sociais ditariam o destino dos corpos individuais e coletivos, delimitando-os, enquadrando-os, a tais condições. Condições, valores, normatividades. Toda uma axiologia biológica-moral das vidas é construída em torno da verdade organicista sobre a qual se edificou a política: “somente uma política que se orienta por leis biológicas e que as considera em suas decisões pode valer como objetivamente adequada e legítima” (Lemke, 2018, p. 160).

A questão da marcação social pela raça, pelo gênero, pelo sexo e pelo desejo estabilizados foi pressuposto para a hierarquização permanente produzida por meio da subjetivação político-social da diferença colonial. No desenho institucional nazista, a política bioestatal articulava os argumentos biológicos, políticos e racistas para produzirem uma percepção de substancialidade, de verdade, que buscava legitimar o higienismo social a partir das pretensões de sua geopolítica imperialista. O “povo”, instituto da soberania, passa a ser traduzido como população e esta, por sua vez, como “comunidade racialmente homogênea conduzida autoritariamente e estruturada hierarquicamente” (Lemke, 2018, p. 23). Na formação da bioestatalidade, a própria mística das origens da espécie ariana era reificada para justificar

as hierarquizações e depurações sociais. E, nesse sentido, a lógica de inclusão-excludente sempre foi fundamental para a reafirmação da maioria cuja vida deveria ser oportunizada.

Nesse processo, o papel da biopolítica é a de reorganização dinâmica dos saberes e poderes que viabilizam o governo das vidas. A biopolítica “simboliza uma constelação na qual as ciências naturais e humanas modernas e os conceitos de normalidade delas advindos estruturam a ação política e determinam seus objetivos” (Lemke, 2018, p. 53).

Como elaboramos anteriormente, nessa rede composta por diversos agentes, dentre eles o Estado e o Mercado, a relação entre verdade e governo se concretiza sob a égide da racionalidade individualista também para os atravessamentos da sexualidade e do gênero. Como afirma Sam Bourcier, se o mercado hoje constitui-se como o espaço da produção da verdade sobre os sujeitos, “é possível pensar um indivíduo sexual caracterizado como *homo economicus*” (Bourcier, 2020, p. 21)? As campanhas de grandes corporações durante o junho do Orgulho LGBTQIA+ nos faz questionar se ainda há espaço para discriminação por gênero ou sexualidade no ocidente hoje. Contudo, munidos do arcabouço da biopolítica, as linhas que sustentam determinados arranjos discursivos se desvelam.

A instrumentalização de pautas justas também é uma técnica de governamentalidade neoliberal. Nesse jogo de poder, pautas justas, voltadas para a realização efetiva dos pressupostos dos direitos humanos de da democracia, vêm sendo instrumentalizadas pela retórica neoliberal para encobrir políticas de genocídio e práticas neocoloniais. No que diz respeito aos marcadores de sexualidade e gênero, Puar (2007) denuncia como a apreensão e usos táticos das pautas de gênero e sexualidade para fins de “*pinkwashing*”, ou seja, do encobrimento retórico de violações sistemáticas e generalizadas de direitos humanos em contextos de conflito contra populações racializadas, tais como genocídio, mutilações e ocupações coloniais sionistas em territórios árabes, através de políticas como inclusão assimilacionistas. A biopolítica, nesse jogo do neoliberalismo, utiliza-se da linguagem numérica para produzir uma percepção global amena da violência ali realizada. A fragmentação biopolítica das informações, a contradição performativa estimulada por Israel enquanto “pátria gay” e colonizadora, fragmenta percepções em torno da gravidade real do que vem acontecendo na Faixa de Gaza.

Essas estratégias de inclusão instrumental de pautas igualitárias LGBTQIA+ permitem a atribuição de um adjetivo ao capitalismo predatório que tanto conhecemos, criticamos e agora vem com uma nova roupagem: capitalismo arco-íris. O Estado, o Mercado e até mesmo os movimentos sociais hegemônicos passam a incluir simbolicamente marcadores identitários da

causa LGBTQIA+ para fins de envernizar um movimento com o véu da inclusão, quando na realidade, precariza direitos sociais dessa população que, pelo caráter estrutural da LGBTQIA+fobia, tem cada vez menos acesso à empregos formais e às prestações estatais como saúde, previdência social. Nesse sentido nos alerta Sam Bourcier:

Esse desejo de medir a homofobia e seu custo não é simplesmente uma questão de administrar a diversidade, o que seria questionável por si só. É um testemunho de uma nova situação biopolítica em que homossexuais e lésbicas assimilacionistas, conscientemente ou não, se voltam para o lado errado da questão. [...] Se o capital da governamentalidade neoliberal é o ‘capital humano’, um de seus setores mais lucrativos é a discriminação (Bourcier, 2020, p. 23).

Gays e lésbicas, majoritariamente brancos e cisgêneros, têm se alinhado a setores corporativos para serem vetores das propagandas de incorporação. Sob a bandeira de *gay-friendly*, determinadas empresas investem em candidatos alinhados à direita conservadora neoliberal a fim de que lhes tragam retornos legislativos interessantes que viabilizem cada vez mais a privatização de direitos sociais, difusos e coletivos, um processo pivô da subjetivação dos sujeitos neoliberais que são empresas-de-si. Essas promessas (neo)liberais já se mostraram falaciosas e a emergência de olharmos com crítica para políticas de reconhecimento no Direito urge.

2 O SUJEITO-EMPREENDEDOR COMO MODULADOR DO GOVERNO SOBRE SI: (DES)SOCIALIZANDO A INCLUSÃO GAY E LÉSBICA E A TRANSFOBIA ESTRUTURAL

Em contextos de violência estrutural, geral e sistemática, insurge aos juristas o dever de promover alguma solução para a neutralização dessa forma de violência. Contudo, aqueles compromissados com uma prática crítica do Direito não podem se deixar seduzir por promessas liberais comprovadamente falaciosas. Contra o processo de esgarçamento do social na política pelo neoliberalismo, o compromisso como uma prática crítica ao Direito nos demanda historicizar nossas discussões para identificar que igualdade jurídica formal não basta, socializar as violências para superar a compreensão individualizante sobre problemas estruturais, e espacializar nossas soluções, para identificar como marcadores sociais persistem categorias instáveis em espaços institucionais, reagindo ou ressoando de forma diferente em cada um deles.

Essa situação nos insurge a olhar com crítica à criminalização da LGBTQIA+fobia. A custas de quais vidas o reconhecimento jurídico de pessoas LGBTQIA+ brancas e cisgêneras tem se dado? Exemplos desse movimento podem ser encontrados em diversos votos na ADO n.º 26/2019, como veremos a seguir. Tanto a ADO 26 quanto o MI 4733/2019 tiveram seu cabimento dado como procedente sob o argumento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em não cumprir o mandado de incriminação extraído dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal. De antemão é preciso ressaltar que o presente trabalho não busca ignorar o fato de que o Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo, dentre as quais destacam-se as vidas trans. O que se pretende fazer é agenciar causas para as quais medidas não podem ser pensadas de forma fragmentadas.

Diz o ministro Alexandre de Moraes em seu voto que: “A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissor configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão” (Brasil, 2019, p. 9). Ora, o reconhecimento da negligência do Estado brasileiro em preservar vidas LGBTQIA+ é de extrema relevância para a causa, contudo, ao entenderem que para a cidadania sexual e de gênero plenas a criminalização é imprescindível, o STF recai em outra omissão já declarada, qual seja, a que o sistema carcerário brasileiro é uma usina de desumanização de vidas, majoritariamente negras, femininas e periféricas. O que se percebe é que os problemas do povo negro recaem sempre na omissão estatal. E seu acesso à prestação jurisdicional constitucional denegado e sistematicamente inviabilizado.

Outro movimento interessante de se observar é a utilização retórica de normas internacionais não cogentes (conhecidas no Direito Internacional como *soft law*) para criminalização em defesa da causa LGBTQIA+, ao tempo que temos a Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), juridicamente reconhecida, prevenindo todas as degradações que ocorrem em nosso sistema carcerário racializado, como a vedação à tortura, às prisões arbitrárias, à seletividade penal racialmente guiada, etc. Tem-se no voto de Alexandre de Moraes:

Em que pese a complexidade do tema, trata-se de uma constatação objetiva, por meio da análise dos componentes internacionais mínimos e obrigatórios exigidos para a salvaguarda igualitária dos direitos e liberdades fundamentais, em virtude de orientação sexual e identidade de gênero, conforme destacado na “Introdução aos Princípios de Yogyakarta”, editado sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, em novembro de 2006 (Brasil, 2019, p. 21).

Angela Harris⁶ faz uma crítica profunda à juristas que envernizam suas escritas mencionando uma possível abordagem metodológica preocupada com a análise interseccional, mas que, ao invés de investirem nesse esforço teórico, essencializam experiências complexas para viabilizar proposições simples para apreendê-las. Esse movimento pode facilmente ser constatado no trecho do voto de Alexandre de Moraes colacionado abaixo:

Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extrajudiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo (Brasil, 2019, p. 22).

Apesar da menção aos atravessamentos que formas de violência exercem, o ministro recobre superficialmente seu voto com uma preocupação virtual com questões interseccionais para seguir seu raciocínio rumo ao fortalecimento do sistema carcerário, sistema esse já considerado pelo próprio STF como inconstitucional, por meio de uma inclusão criminalizadora das vidas LGBTQIA+ no espaço da jurisdição constitucional.

Em sua crítica ao essencialismo de gênero promovido por algumas juristas feministas, Angela Harris denuncia que o tratamento fragmentário das subjetividades por meio da fixação identitária de um sujeito de direito único viabiliza todo um fluxo de visibilizações seletivas que, ao final dessa operação, ocultam as experiências de mulheres negras. E continuo: mulheres negras transgêneras e/ou dissidentes da heterossexualidade compulsória. Estratégias democráticas de correções estruturais que não identificam seus sujeitos tendem a ser inofensivas e, quando realizadas pela jurisdição constitucional, tendem a reproduzir orientações hegemônicas sob o véu do universalismo, multiculturalismo, tolerância, (dentre outros motes presentes no léxico liberal das cortes supremas). Como afirma Harris:

O essencialismo é também intelectualmente fácil, porque a cultura dominante é essencialista — porque é difícil encontrar materiais a respeito das vidas de mulheres

⁶ “A fonte do essencialismo de gênero e raça (e todos os outros essencialismo, pois a lista de categorias poderia ser multiplicada infinitamente) é a segunda voz, a voz que afirma falar por todos. O resultado do essencialismo é reduzir as vidas das pessoas que experimentam múltiplas formas de opressão a uma adição de problemas: ‘racismo + sexismo = a experiência da mulher negra heterossexual’, ou ‘racismo + sexismo + homofobia = a experiência da mulher negra lésbica.’ Portanto, em um mundo essencialista, a experiência das mulheres negras será sempre forçosamente fragmentada antes de ser submetida a análise, enquanto aquelas que estão ‘apenas interessadas na raça’ e aquelas que estão ‘apenas interessadas no gênero’ levam a fatia que lhes apetece de nossas vidas” (Harris, 2020, p. 49).

negras, porque ainda não há infraestrutura acadêmica de trabalho de e/ou sobre mulheres negras ou Teoria Negra Feminista (Harris, 2020, p. 61).

Se o comprometimento do STF é com a concretização de direitos fundamentais, argumento rotineiramente utilizado para ampliar sua capilarização no social, é esperada dessa atuação um movimento de real comprometimento com a complexidade do problema e não meramente um gesto hermenêutico de auto ampliação de poderes institucionais. Ao ignorar as imbricações da raça, da classe, do gênero e da sexualidade no encarceramento massivo que sustenta a dita “falência do sistema prisional”, o STF atua como agente ativo no reforço de violências que atravessam essas mesmas imbricações, investindo de forma diferencial em determinadas vidas.

No plano fático, todo argumento de inoperância ou dano colateral cai por terra. Se existe uma política de “humanização” do cárcere no Brasil, essa política se dá deliberadamente sob as costas da população negra, pobre, *queer* e às custas do sangue e dos filhos e irmãos de mulheres cis/trans negras periféricas. A escrita de Thula Pires e Ana Flauzina mais que atingir o ponto fraco do solipsismo branco burguês cisheteropatriarcal do STF, expõe a “participação ativa do Judiciário na conformação desse estado de dor”, reivindicando o “fim da barbárie”. Contudo, barbárie esta não “travestida”, como colocado pelas autoras, mas sim corporificada pela “civildade nos meandros do Direito” (Pires; Flauzina, 2020, p. 1235).

Será que é essa a forma de inclusão que as vidas sexo-gênero dissidentes vislumbram para si? Ter novamente sua inteligibilidade social produzida pelo discurso jurídico de criminalização? Essas são perguntas que os advogados, fenotipicamente brancos e cis, parecem não ter se perguntado e nem perguntado à comunidade LGBTQIA+ racializada. Ao fim, a criminalização da LGBTQIA+fobia só reforça sentidos excludentes das relações de saber-poder que, ao tempo que beneficia o movimento LGBTQIA+ branco burguês masculino cisgenerificado, reforça a desposseção das multidões *queers* em relação à sua própria identidade constitucional. Como nos ensina Wendy Brown, a estratégia de des-socializar problemas evidentemente sociais consiste em uma estratégia do neoliberalismo para esgarçar ainda mais as condições de possibilidade de agenciamentos coletivos em prol da luta anticapitalista:

À medida que o social desaparece de nossas ideias, discurso e experiência, ele desaparece de nossas visões do futuro, tanto utópicas quanto distópicas. Imaginamos futuros nacionalistas autoritários, futuros virtualmente ligados em rede, futuros tecnocráticos, futuros anarquistas, futuros cosmopolitas transnacionais e futuros fascistas. Falamos em termos vagos da “multidão” ou “dos comuns”, sem a

democratização concreta dos poderes que eles abrigam e pelos quais eles seriam guiados (Brown, 2020, p. 65).

Com o esgarçamento do social e a privatização dos direitos, a racionalidade neoliberal reforça a verdade sobre o sujeito-empendedor que é agente-de-si, ocultando a atuação sub-reptícia das relações de poder que controla, subalternizam e modulam a capacidade real de liberdade de cada indivíduo. Em termos de cidadania LGBTQIA+, o paradigma burguês, cisgenerificado e branco torna-se o paradigma para o reconhecimento como humano. Aqueles LGBTQIA+ diversos à estes, aqueles *queers* em relação ao hegemônico, tornam-se então as vidas necessárias a serem sacrificadas para que a parcela privilegiada dessa minoria obtenham algum tipo de acesso mediante assimilação.

CONCLUSÃO

O esforço teórico que buscamos realizar nesse trabalho foi no sentido de propor a coligação necessária da análise de sexualidade, raça e gênero em todo exercício hermenêutico sob pena de sustentar regimes de hierarquização social em detrimento de outro grupo vulnerabilizado. Da alocação da política como intrínseca ao constitucionalismo ao reconhecimento da judicialização identitária como artimanha da biopolítica neoliberal para produzir sentidos hegemônicos por meio da retórica da assimilação, uma compreensão crítica do Direito e do Estado desvenda a necessidade de analisar de forma não-essencial opressões estruturais dadas como inatingíveis pelo capitalismo arco-íris.

A problemática colocada por Michael Warner sobre a institucionalização da política identitária dos movimentos gays e lésbicos tem aplicação quando analisamos o contexto de judicialização identitária pelo STF. As vocalizações acessíveis ao espaço de concretização de direitos constitucionais são, de certa forma, as mesmas que detém o poder para decidir. O enquadramento identitário reflete a “comunidade de intérpretes” aptos a dizer a verdade-da-Constituição. Logo a subjetividade jurídica incitada pela jurisdição constitucional caminha sob o paradigma branco cisheteropatriarcal capitalista e eurocentrado: “O que podemos estar menos preparados para reconhecer é que o enquadramento da própria política de identidade pertence às tradições anglo-americanas e tem algumas influências distorcidas” (Warner, 1990, p. 17).

Feito esse exercício de crítica interseccional é possível afirmar que a governamentalidade judicial que utiliza da criminalização para promover alguma forma de inclusão das vidas LGBTQIA+ aloca a experiência de encarceramento das sexo-gênero

dissidências como condicionante para a defesa de vidas gays e lésbicas brancas cisgêneras, o que enseja em nova omissão constitucional. A essa forma de política governamental constitucional chamamos de *pinkwashing* judicial.

Compete à essa instrumentalização das pautas LGBTQIA+, o *pinkwashing* judicial embranquecer a identidade constitucional do sujeito de direito: se a identidade é um enquadramento espaço de reconhecimento produzido pelo Direito e pelo Estado, esta é estilizada para se conformar ao paradigma hegemônico de subjetividade jurídica, qual seja, branca cis androcêntrica heterossexual capitalista. Ademais, cria-se óbices (biológicos, estéticos, econômicos, políticos, ou seja, estruturais) de acesso à esse espaço de proteção jurídica a fim de inviabilizar a identificação das vidas *queers*, vidas periféricas com o sujeito de direito.

REFERÊNCIAS

- BOURCIER, Sam. **Homo Inc.orporated**: o triângulo e o unicórnio que peida. 1. ed. São Paulo: N-1 edições, 2020.
- BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no Ocidente. São Paulo: Politéia, 2019.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2013.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Coimbra: Edições 70, 2018.
- HARRIS, Angela. Raça e Essencialismo na Teoria Feminista do Direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 2, p. 42-73, 2020.
- LEMKE, Thomas. **Biopolítica**: críticas, debates e perspectivas. São Paulo: Editora Filosófica Politéia, 2018.
- MISKOLCI, Richard; CAMPANA, Maximiliano. Direito às diferenças: notas sobre formação jurídica e as demandas de reconhecimento na sociedade brasileira contemporânea. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, [S.l.], v. 6, n. 2, p. 55-64, abr. 2017.
- PIRES, Thula Rafaela; FLAUZINA, Ana Luiza. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 11, n. 2, p. 1211-1237, jun. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50270>. Acesso em: 02 set. 2023.
- POCAHY, Fernando. (Micro)políticas queer: dissidências em pesquisa. **Textura**, v. 18, n. 38, p. 8-25, 2016.
- PUAR, J. **Terrorist assemblages**: homonationalism in queer times. Durham: Duke University Press, 2007.
- WARNER, Michael. Introduction. In: WARNER, Michael (org.). **Fear of a Queer Planet**: Queer Politics and Social Theory. Minneapolis/London: University of Minnesota Press, 1990.

O DIREITO À SAÚDE NAS PRISÕES SUL-RIO-GRANDENSES: 35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PERMANÊNCIA DAS DESUMANIDADES

Rogério Raymundo Guimarães Filho¹

Marina Nogueira Madruga²

RESUMO: Este texto aborda a questão do direito social à saúde das pessoas privadas de liberdade no estado do Rio Grande do Sul, considerando os 35 anos da Constituição Federal de 1988 e o reconhecimento do aprisionado como sujeito de direitos. O objetivo principal é analisar como a Constituição Cidadã e outras normativas e políticas impactaram na saúde, tendo em vista as características estruturais da prisão, como a superlotação, as más condições de detenção, a dificuldade de acesso a cuidados médicos, as doenças mais incidentes e a mortalidade no sistema. De natureza qualitativa e exploratória – dada as fontes documentais e base de dados acessadas, apresenta resultados persistentes, incluindo os índices de morte sob custódia e o adoecimento mental. Conclui que, apesar das garantias constitucionais presentes no discurso oficial-legal, a realidade se opõe ao respeito aos direitos humanos e à dignidade.

PALAVRAS-CHAVE: saúde; Constituição Federal; sistema prisional; políticas de saúde; mortes sob custódia; Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro é um tema de constante debate e preocupação em nossa sociedade. À medida que comemoramos os 35 anos da Constituição Federal de 1988, é fundamental refletir sobre como essa legislação influencia na saúde das pessoas em privação de liberdade. A discussão é de extrema relevância, pois está diretamente ligada aos direitos humanos, à dignidade e à qualidade de vida dos indivíduos que se encontram sob a custódia do Estado.

O objetivo deste estudo é analisar a relação entre a Constituição Federal de 1988 e o panorama da saúde no estado do Rio Grande do Sul. Isso inclui a análise das condições do aprisionamento, das políticas de saúde, da população prisional possuir alta vulnerabilidade de contágio a doenças infecciosas e das mortes sob custódia. Além disso, pretendemos apresentar

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. <http://lattes.cnpq.br/7830470576348981>. E-mail: rogerioguilmar@yahoo.com.br.

² Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pelotas. <http://lattes.cnpq.br/4738691077151012>. E-mail: marina_mad@hotmail.com.

os desafios persistentes que afetam a saúde das pessoas privadas de liberdade e destacar a importância de cumprir as garantias constitucionais estabelecidas.

Para dar conta de tais objetivos, a metodologia utilizada engloba uma característica documental, tendo em vista que realiza um olhar para as normativas legais, portarias, decretos, que contém disposições sobre o Direito à saúde e a apresentação de dados quantitativos da situação penitenciária do Rio Grande do Sul.

O sistema prisional brasileiro enfrenta desde suas raízes uma série de desafios, como a superlotação, as condições precárias de aprisionamento, a violência intramuros, a falta de acesso adequado aos serviços de saúde. Esses desafios têm implicações diretas na saúde física e mental dos aprisionados, tornando a questão da saúde carcerária um assunto de grande importância social e jurídica.

A Constituição Federal de 1988 estabelece princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, que são aplicáveis a todos os cidadãos. Portanto, é essencial examinar como essas garantias constitucionais e aplicação de políticas de saúde são efetivamente implementadas no sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul.

Neste contexto, esta pesquisa busca contribuir para o debate sobre do direito social à saúde, promovendo uma compreensão mais profunda das questões envolvidas no cenário sul-rio-grandense e destacando a importância de políticas públicas eficazes e investimentos para assegurar a saúde e a dignidade, em conformidade com os princípios já estipulados pela Constituição de 1988.

A saúde da população carcerária é uma questão que não diz respeito apenas ao sistema prisional, mas também à sociedade como um todo. Garantir o acesso a tratamentos médicos adequados não é apenas uma questão ética, mas também uma obrigação legal, respaldada pela Constituição Federal, outras normativas nacionais e internacionais das quais o Brasil é signatário.

A superlotação nas prisões, a disseminação de doenças infecciosas, a falta de assistência médica adequada, o adoecimento mental e as mortes sob custódia estatal são desafios que impactam diretamente a vida das pessoas em privação de liberdade.

À medida que celebramos as décadas de vigência da Constituição de 1988, é crucial avaliar como podemos fortalecer as garantias constitucionais e cumprir a promessa de assegurar a saúde e a dignidade das pessoas privadas de liberdade.

Nesse contexto, é importante compreender que a Constituição Federal de 1988 estabelece princípios e direitos fundamentais que, quando aplicados de maneira adequada, têm

o potencial de assegurar a saúde de todos. O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, III da Constituição, é a base que sustenta toda a discussão sobre os direitos dos presos, incluindo o direito social à saúde. No entanto, entre os ditames legais de proteção e a realidade penitenciária, há um distanciamento e contradições, fazendo com que necropolíticas sejam desenvolvidas na lógica do fazer/deixar morrer (Mbembe, 2018).

O artigo 196 da Constituição declara que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, que através de políticas públicas promoverá a saúde, integral e universal, sob os parâmetros do Sistema Único de Saúde. Além disso, o artigo 5º estabelece que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, o que implica que as autoridades prisionais a obrigação de garantir condições dignas de detenção e acesso adequado à assistência médica.

À medida que este estudo avança, será possível explorar de modo aprofundado tais aspectos, examinar os dilemas do sistema prisional sul-rio-grandense, analisar as políticas de saúde nas prisões e as condições desumanas da realidade prisional, contribuindo de forma reflexiva para a discussão dos desafios da questão penitenciária.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO À SAÚDE

Mesmo após cerca de 35 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro ainda dispõe de dificuldades para concretizar os Direitos Sociais elencados, ressaltando que o rol do artigo 6º (Brasil, 1988) é exemplificativo e não exaustivo. Por isso, nada obsta a existência de outros Direitos Sociais que não estejam proclamados nesse artigo.

Com isso, busca-se responder à seguinte problemática: Em que medida o Direito Fundamental Social à Saúde enfrenta dificuldades em sua concretização tendo em vista o modelo de Políticas Públicas adotado pelo Estado brasileiro, mais concernente ao cenário prisional do estado do Rio Grande do Sul? A consagração constitucional de um Direito Fundamental à Saúde é apontada como um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No entanto, mesmo com essa consagração, aquele não é plenamente usufruído pela maioria da população e, inclusive, pelas pessoas privadas de liberdade.

A Saúde, foco deste texto, é considerada um bem fundamental, e, portanto, assegurada mediante direitos, garantias e deveres fundamentais. No entanto, ainda existem controvérsias

se os Direitos Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais (DESCA) são autênticos Direitos Fundamentais (Sarlet *et al.*, 2013, p. 15).

Direito à Saúde tem *status* constitucional. Trata-se de um dos Direitos Sociais previsto na Constituição Federal de 1988, que estabeleceu nos seus artigos 6º e no *caput* do artigo 196 o dever do Estado de fornecer o acesso à saúde e sua universalidade. Por conseguinte, tornou o acesso universal e igualitário nas ações e serviços relacionados à promoção, proteção e recuperação (Massaú; Rosa, 2016, p. 32).

A Constituição de 1988, conhecida como “Cidadã” foi pioneira em consagrar o Direito Fundamental à Saúde. Alguns textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, a exemplo da Constituição Monárquica de 1824, que fazia referência à garantia de “socorros públicos” (Mendes; Branco, p. 684).

Desse modo, a Saúde, sem qualquer sombra de dúvidas é um Direito Fundamental no sistema constitucional brasileiro (artigos 6º e 196 e ss. da CF), bem como constitui um dever fundamental do Estado, conforme estabelecido no artigo 196 da Constituição Federal: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, salientando a obrigação estatal de proteção e efetivação desse Direito.

Desse modo, uma ofensa à integridade física e corporal de outrem é causa de conduta no âmbito penal e cível; também o dever da pessoa com sua própria saúde (vida, integridade física e dignidade pessoal), hábil a justificar, conforme o caso concreto, até mesmo a intervenção judicial visando à proteção da pessoa contra si mesma, em homenagem ao caráter irrenunciável da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais, como ocorre na internação compulsória e cogente submissão a determinados tratamentos, dentre outros (Sarlet *et al.*, 2013, p. 37).

A Saúde, na condição de bem jurídico, é tutelada como Direito Humano e como Direito Fundamental. Portanto existe uma rede normativa que inclui o sistema de proteção internacional, quanto o nacional, com destaque para a Carta Magna. A Saúde é um Direito de toda e qualquer pessoa humana, brasileira ou não, inclusive em privação de liberdade – o que precisa ser escrito aqui, pois embora tão óbvio, a realidade é de desumanidades (Almeida; Massaú, 2015) e de necropolíticas (Mbembe, 2018).

O Direito à Saúde, na condição de direito de defesa, assume a condição de um direito à proteção da saúde, como direito a prestações, e pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário - Estado ou até mesmo particulares -, que asseguram a fruição do Direito, por

exemplo: atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames, etc. (Sarlet *et al.*, 2013, p. 39).

A Constituição Federal guarda sintonia com mais alto nível possível de saúde³, tal como prescreve o artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, regularmente ratificado e incorporado pelo Brasil (Sarlet *et al.*, 2013, p. 40).

Uma das formas de manifestação do Direito à Saúde se dá pelo tratamento ofertado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Cabe recordar, que o processo constituinte, instituiu na Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, o Título VIII, da Ordem Social; Capítulo II, da Seguridade Social; Seção II, da Saúde, artigos 196 a 200, e o Sistema Único de Saúde (SUS). O capítulo da Seguridade Social foi alterado pela Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, que assegura recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde (texto n.3, do capítulo da Seguridade Social, com as alterações, na íntegra) (Brasil, 2011).

Com o surgimento do SUS, produziram-se efeitos imediatos. Um dos principais foi o fim da segregação que existia no sistema público de saúde brasileiro entre os incluídos e os excluídos. Aos incluídos, que eram portadores da carteirinha do INAMPS⁴ existia saúde previdenciária e, aos excluídos restava atenção hospitalar praticada por unidades de medicina simplificada e por entidades filantrópicas (Brasil, 2011, p. 17).

É importante destacar que o sistema é único porque tem a mesma doutrina e princípios em todo território brasileiro, sob responsabilidade das três esferas autônomas de Governo federal, estadual e Municipal. Está constituído por serviços e ações que interagem para um fim comum, materializado nas atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde (Brasil, 1990, p. 4).

³ Artigo 12, §1º: “Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

⁴ O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal, foi criado em 1977, pela Lei nº 6.439, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (Sinpas), definindo um novo desenho institucional para o sistema previdenciário, voltado para a especialização e integração de suas diferentes atividades e instituições. O novo sistema transferiu parte das funções até então exercidas pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) para duas novas instituições. A assistência médica aos segurados foi atribuída ao INAMPS e a gestão financeira, ao Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (Iapas), permanecendo no INPS apenas a competência para a concessão de benefícios. O INAMPS foi extinto em 1993, pela Lei nº 8.689, e suas competências transferidas às instâncias federal, estadual e municipal gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição de 1988, que consagrou o direito universal à saúde e a unificação/descentralização para os estados e municípios da responsabilidade pela gestão dos serviços de saúde.

O SUS é a materialização de uma “Política de Estado” adotada pelo Congresso Nacional, em 1988, na chamada Constituição brasileira que considera a Saúde como um “direito de todos e dever do Estado” (Teixeira, 2011).

O Sistema Único de Saúde, o SUS, criado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, estabelece, no seu artigo 2º, que a Saúde é um Direito Fundamental do ser humano. Deve o Estado formular e executar políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, e estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Apesar de uma política de Saúde como a do SUS, é inquestionável que os bons indicadores de saúde também dependem de um conjunto de políticas econômicas e sociais mais amplas, como: emprego, moradia, saneamento, boa alimentação, educação, segurança, etc. (Reis; Araújo; Cecílio, 2011, p. 2).

Os Direitos Sociais se caracterizam como prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas por normas constitucionais, que têm por fim realizar melhores condições de vida aos necessitados, direitos que objetivam igualizar situações sociais desiguais (Silva, 2013, p. 289).

A Constituição Federal de 1988 traz um capítulo próprio dos Direitos Sociais (Capítulo II, do Título II) e um Título especial sobre a Ordem Social (Título VIII). Mas não ocorre uma separação radical, como se os Direitos Sociais não fossem algo ínsito na Ordem Social. O artigo 6º demonstra que aqueles são conteúdo desta, uma vez que, diz que são os Direitos Sociais a Educação, a Saúde, a Alimentação, o Trabalho, a Moradia, o Lazer, a Segurança, a Previdência Social, a Proteção à Maternidade e à Infância, a Assistência aos desamparados, na forma da Constituição. Esta forma se dá no Título da Ordem Social. Por conseguinte, ainda que o constituinte não tenha se valido dos melhores critérios metodológicos, vislumbra a possibilidade de extrair o conteúdo dos Direitos relativos a cada um dos objetos sociais, deixando para tratar na Ordem Social de seus mecanismos organizacionais (Silva, 2013, p. 287).

Nesse sentido, em conformidade com a Constituição brasileira, a Saúde é Direito é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, serviços e ações que são de relevância pública (arts. 196 e 197). Além disso, o conceito de Seguridade Social expresso na Constituição relaciona-se com ações e meios que destinam, também, a assegurar e tornar eficaz esse Direito (Silva, 2013, p. 311).

Da leitura dos artigos 196 e 198 a 200, conclui-se que o Direito à Saúde é um direito positivo que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas cujo cumprimento depende da própria realização do direito, do qual denota direito subjetivo de duplo conteúdo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, § 2º) e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode criar pressupostos para impetração do mandado de injunção (art. 5º, LXXI).

2 DESAFIOS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O DIREITO À SAÚDE E A REALIDADE DESUMANA

Sob os parâmetros de dignidade humana e cidadania plena que se constrói o discurso de Direitos das Pessoas Presas, para sua preservação máxima, a partir das normativas, das garantias e dos direitos jurídicos. Embora seja possível traçar uma série de trajetórias normativas sobre a garantia da saúde das pessoas privadas de liberdade, os textos e as práticas reais se contradizem (Chies, 2017).

Há uma série de normativas nacionais e internacionais que garantem o Direito dos Aprisionados. No Brasil, se destacam a Constituição Federal de 1988; a Lei de Execução Penal, nº 7.210/1984; Regras mínimas para tratamento dos presos no Brasil (Resolução CNPCP/1994). Em nível internacional, se observa a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, Pacto de San José da Costa Rica, de 1969); Princípios de Ética Médica aplicáveis à função pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas e degradantes de 1982, pela ONU; Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 1985, pela ONU e Regras das Nações Unidas para o tratamento de reclusas e em medidas e não privadas de liberdade para as mulheres delinquentes (Regras de Bangkok), pela ONU em 2010, etc. (Chies, 2017).

Especialmente em relação à saúde das pessoas em privação de liberdade, em nível nacional, uma série de dispositivos presentes na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, no Código Penal, nas Regras mínimas para tratamento de presos no Brasil, na Portaria Interministerial nº 1.777/2003 que aprova o Plano Nacional de Saúde no sistema penitenciário e a Resolução nº 7/2003 CNPCP sob as Diretrizes básicas para as ações de saúde nos sistemas

penitenciários são suficientes para reconhecer que no país – ao menos no plano dos documentos jurídicos e políticos, a cidadania, a dignidade humana são garantidas (Chies, 2017).

Ao longo dos tempos e a partir dessa série de normativas, vão sendo inseridas na questão penitenciária práticas voltadas à saúde, como: o atendimento das pessoas privadas de liberdade inserido no Sistema Único de Saúde. Se tem, para além do atendimento médico, o farmacêutico, odontológico, psicológico; a criação de equipes multidisciplinares de atendimento no interior das prisões; a organização da arquitetura penitenciária para o atendimento à saúde; uma maior proteção à gestante e lactante no sistema prisional; a preocupação com o enfrentamento de doenças infectocontagiosas, etc.

O texto, portanto, reconhece que os discursos jurídicos avançam de modo significativo para a proteção da saúde, ao menos no papel. Reconhece também que existem políticas públicas implementadas para a promoção da saúde de pessoas em situação de aprisionamento, no entanto, não pode silenciar frente as desumanidades perenes no sistema penitenciário, do adoecimento e das mortes sob custódia estatal. Assim, afastando-se das miragens de cidadania e dignidade, presentes nos textos e discursos jurídico-políticos, passa a expor que a realidade é enferma.

A lógica subjacente aos sistemas e serviços punitivos é a produção de violência. A prisão, dotada de perversidade, apresenta características estruturais próprias que emanam do exercício do poder punitivo, tais como “a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias [...]” (Zaffaroni, 2001, p. 15).

Os cenários de violência extremamente graves, generalizados, de longa duração e institucionalizados, enfrentados por pessoas presas são visíveis: superlotação, precariedade estrutural e acesso aos direitos sociais, condições sub-humanas.

Bruno Rotta Almeida e Guilherme Camargo Massaú apontam que: “A desumanidade do sistema prisional brasileiro começa na seleção e exclusão dos mais vulneráveis e se solidifica durante o cumprimento da pena, com as constantes manifestadas dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade” (Almeida; Massaú, 2015, p. 12). A tendência de crescimento da população prisional ao longo dos anos já vem sendo observada:

Em consulta aos dados do sistema carcerário brasileiro, constatamos que a população prisional vem aumentando em percentuais muito elevados: de 1990 a 2000, o crescimento da população privada de liberdade foi de 159%; enquanto que de 2000 a 2010, foi de 114%. O Brasil saltou dos 90.000 presos, em 1990, para os 600.000

alcançados em 2013. O índice por 100.000 habitantes chegou, nesse mesmo ano, ao estrondoso patamar de 300 (Almeida; Massaú, 2015, p. 13).

No primeiro semestre de 2023 o Brasil contava com 649.592 pessoas presas em celas físicas. Destas, 180.167 são prisões provisórias. Ao possuir apenas 1.384 unidades prisionais, o sistema penitenciário do país conta com 481.835 vagas, logo, o déficit é de 166.717, o que justifica a superlotação (Brasil, 2023).

À medida que o aprisionamento aumenta, uma lacuna entre o número de vagas disponíveis nos estabelecimentos prisionais e as prisões também se aumenta. Como resultado, as desumanidades e sofrimentos se ampliam.

Em relação à saúde – ou sua ausência -, é possível observar que no Brasil no primeiro semestre de 2023 ocorreram 33.617 casos de doenças transmissíveis e 913 mortes sob custódia prisional. Números relacionados ao adoecimento se apresentam acima do semestre anterior, ou seja, 2022/2, conforme tabela a seguir (Brasil, 2023).

TABELA 1 – DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO EM 2022/2 E 2023/1

Doença	Casos em 2022/2	Casos em 2023/1
Hepatite	1.944	2.177
HIV	9.815	11.199
Hanseníase	523	549
Sífilis	10.808	10.571
Tuberculose	7.415	9.121
Total	30.505	33.617

FONTE: Elaborado pelos autores a partir dos dados do INFOPEN (2023).

De um semestre para outro o adoecimento no sistema prisional brasileiro se eleva em quatro das doenças transmissíveis mais incidentes, com significativo aumento percentual da tuberculose (18,7%). Tendo em vista que a população carcerária possui alta vulnerabilidade para contágio e disseminação de doenças, ela é classificada como grupo de alto risco (Brasil, 2023).

As mortes sob custódia estatal apresentam pequeníssima redução de um semestre para outro, equivalente a 2,6%. O que é necessário destacar no presente texto é o aumento das mortes relacionadas as causas de saúde em 25 casos e a manutenção do número de suicídios em 89 vidas perdidas, conforme abaixo demonstrado.

TABELA 2 – MORTALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO EM 2022/2 E 2023/1

Causa da morte	Casos em 2022/2	Casos em 2023/1
Acidentais	19	5
Criminais	97	67
Naturais/Saúde	648	665
Suicídios	89	89
Causas desconhecidas	85	87
Total	938	913

FONTE: Elaborado pelos autores a partir dos dados do INFOPEN (2023).

Os dados apresentados reforçam a incidência da necropolítica de Achille Mbembe nas prisões:

Elas sempre mataram, ou ao menos expuseram à morte, num sentido de que matar não é somente tirar a vida. “Fazer morrer”, “tirar a vida”, não é “simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc. (Foucault, 2010 apud Chies; Almeida, 2019, p. 68).

Nessa linha de desumanidades, é o Estado que detém o poder e a capacidade de determinar quem pode viver e quem deve morrer, incidindo na questão penitenciária uma política como o controle sobre a morte. Ela, “enquanto um objeto de gestão, foi apropriada pelo poder político, o qual não se limita apenas em indicar medidas sobre como a vida deve ser gerida, mas também apontar como morrer e quem deve morrer” (Giribone; Nogueira; Chies, 2022, p. 21).

3 O CENÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL EM RELAÇÃO À SAÚDE NAS PRISÕES

Neste tópico, pretende-se apresentar a realidade sobre a saúde no sistema penitenciário sul-rio-grandense, localizado ao extremo sul do Brasil e dividido em dez regiões penitenciárias que contam com 103 estabelecimentos prisionais, apresentando no primeiro semestre de 2023 o número de 34.199 pessoas em privação de liberdade (Brasil, 2023).

Seguindo tendência nacional, o sistema prisional gaúcho apresenta-se com cenários desumanos. O contexto da superlotação, um problema que persiste há muito tempo no Brasil (Maia *et al.*, 2009), se manifesta pelo um acúmulo de pessoas em ambientes insalubres e precários, juntamente com a falta de ação do Estado na implementação de medidas preventivas contra o superencarceramento. Além disso, não se observa qualquer adoção de medidas

compensatórias para os detentos submetidos a condições degradantes, conforme os dados apresentados a seguir, em que o adoecimento é significativo e a mortalidade no sistema se faz presente.

Embora a saúde seja um Direito Social previsto na Constituição Federal e interconectado à cidadania e dignidade humana, com uma série de dispositivos legais protetores da saúde da pessoa presa, em que o Sistema Único de Saúde deve a promoção, proteção e recuperação da saúde, o discurso contrapõe à realidade.

No ano de 2003 entrou em vigor a Portaria Interministerial nº 1777 (elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça), a qual institui o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) que trata da organização desse direito em âmbito penitenciário. O PNSSP ainda “prevê a inclusão da população penitenciária no SUS, garantindo que o direito à cidadania se efetive na perspectiva dos Direitos Humanos” (Brasil, 2004). No mesmo ano, a Resolução CNPCP nº 07 institui as Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários.

O PNSSP é um marco significativo na questão da saúde penitenciária, pois é a partir dele que o Brasil começa a se organizar para o atendimento à saúde do preso com a criação de equipes interdisciplinares de saúde para atendimento de até 500 presos, composta por Médico, Odontólogo, Enfermeiro, Assistente Social, Psicólogo, Auxiliar de enfermagem e de consultório dentário. Sua finalidade é promover a saúde dessa população e contribuir para o controle e/ou redução das doenças mais frequentes que a acometem, preocupando-se com uma arquitetura prisional para efetivar o direito à saúde (Brasil, 2003).

Após onze anos de existência com o PNSSP, a partir da intensificação das desumanidades prisionais, o aumento do encarceramento, questões de financiamento insuficientes por parte da União para os serviços de saúde penitenciários, a ideia inicial de que a saúde é uma parte do sistema penal e penitenciário é descaracterizada.

Assim, em 2014 surge a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) com diferentes abordagens: atendimento primário na unidade prisional e atendimento especializado via SUS; diferentes modalidades de equipes, tendo em vista as peculiaridades das unidades prisionais de cada local; componente psicossocial e a assistência básica anual (R\$17,87 de repasse anual por pessoa privada de liberdade para aquisição de medicamentos) (Brasil, 2014).

A partir dessas diretrizes, o estado do Rio Grande do Sul começa a se organizar com estrutura física, equipes (dentistas, clínicos gerais, auxiliares e técnicos de enfermagem,

psicólogos, psiquiatras, terapeutas ocupacionais, outros médicos, etc.); realização de procedimentos e consultas, etc. Mesmo com o total de atendimentos e procedimentos realizados anualmente – 190.670 no Rio Grande do Sul em 2023/1 -, as questões de saúde são delicadas no ambiente prisional, pois além das más condições de aprisionamento, o déficit dessas estruturas corrobora para potencializar as desumanidades, conforme em 2017 já nos alertava o relatório publicado pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT):

A ausência de serviços de atenção à saúde permanentes nos estabelecimentos prisional torna-se motivadora de sofrimento, de tensões e, em última medida, de negação ao direito à vida, haja vista que ocorrências simples não tratadas, podem produzir graves danos à integridade física e mental, inclusive levando pessoas à morte (MNPCT, 2017, p. 71).

O problema do acesso à saúde no ambiente penitenciário se desenrola também a partir de sua infraestrutura visto que se tem “espaços insuficientes, disfuncionais, em más condições de conservação e desrespeitam as necessidades básicas humanas de privacidade, sociabilidade, ergonomia, por exemplo” (MNPCT, 2017, p. 74).

A realidade das regiões penitenciárias sul riograndenses em 2023/1 é de superlotação, considerando que o número de aprisionados é 34.199, destes, 9.831 são presos provisórios, apresentando-se com 8.848 pessoas a mais do que o total de vagas (25.351). O cenário excedente de quantidade de aprisionados pelo número de vagas é de 34,6% (Brasil, 2023).

Tendo em vista que o estado apresenta aumento de 500 pessoas em privação de liberdade em um semestre (2022/2 para 2023/1), com uma diminuição de 378 vagas no mesmo, as desumanidades se ampliam e isso reflete em questões relacionadas a saúde (Brasil, 2023).

É possível observar que no Rio Grande do Sul no primeiro semestre de 2023 ocorreram 3.047 casos de doenças transmissíveis e 50 mortes sob custódia prisional, sendo 58% relacionadas à saúde. Números relacionados a tuberculose se apresentam acima do semestre anterior em 2023/2, no entanto, em relação as outras patologias, se repara que há um aumento em relação ao segundo semestre de 2022 e uma queda no primeiro semestre de 2023, conforme tabela a seguir (Brasil, 2023).

TABELA 3 – DOENÇAS TRANSMISSÍVEIS NO SISTEMA PRISIONAL SUL-RIO-GRANDENSE EM 2022/2 E 2023/1

Doença	Casos em 2022/1	Casos em 2022/2	Casos em 2023/1
Hepatite	324	404	279

HIV	1.333	1.941	1.432
Hanseníase	-	24	3
Sífilis	442	526	488
Tuberculose	908	739	845
Total	3.007	3.634	3.047

FONTE: Elaborado pelos autores a partir dos dados do INFOPEN (2023).

Em relação às mortes sob custódia, o estado apresentou nos três semestres analisados um declínio dos números, zerando as mortes acidentais e suicídios em 2023/1, mas com significativa presença de mortes relacionadas a causas de saúde.

TABELA 4 – MORTALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL SUL-RIO-GRANDENSE EM 2022/2 E 2023/1

Causa da morte	Casos em 2022/1	Casos em 2022/2	Casos em 2023/1
Acidentais	6	3	0
Criminais	4	0	3
Naturais/Saúde	44	42	34
Suicídios	9	11	0
Causas desconhecidas	23	13	13
Total	86	69	50

FONTE: Elaborado pelos autores a partir dos dados do INFOPEN (2023).

Em relação aos procedimentos de saúde realizados, se observa que o semestre de 2023/1 foi o que mais realizou, na totalidade de 190.670, seguido de 2022/1 com 181.533 procedimentos e 2022/2 com 179.973, o que talvez justifique o maior índice de adoecimentos e a manutenção das mortes nesse período (Brasil, 2023).

Ainda, no cenário penitenciário do Rio Grande do Sul, com 113 unidades prisionais, em 40 ainda não há módulo de saúde em 2023. Do total de prisões, 59 contam com consultório médico, 42 consultórios odontológicos, 7 salas de raio x, 50 farmácias ou salas de estoque. Apenas uma unidade penitenciária possui creche e nenhuma conta com equipe própria de pediatria e ginecologia (Brasil, 2023).

Dos profissionais que atendem os 34.199 privados de liberdade, em 2023/1 o estado do Rio Grande do Sul conta com 405 profissionais em diversas áreas, equivalente a 1,18% do total de aprisionados.

TABELA 5 – PROFISSIONAIS NO SISTEMA PRISIONAL SUL RIOGRANDENSE 2023/1

Profissional	Quantidade
Dentistas	43
Técnicos odontológicos	30
Enfermeiros	72
Técnicos em enfermagem	70
Clínicos gerais	56
Outros especialistas	6
Psicólogos	119
Psiquiatras	6
Terapeutas ocupacionais	3
Total	405

FONTE: Elaborado pelos autores a partir dos dados do INFOPEN (2023).

A situação atual do sistema prisional do Rio Grande do Sul apresenta significativos índices de adoecimento e mortalidade, a maioria por doenças respiratórias e/ou sexualmente transmissíveis, além de ausências de espaços e equipes médicas suficientes para atender o total da população aprisionada. Isso, pois, “a prisão é uma instituição antissocial, deturpa qualquer possibilidade de reprodução de condições mínimas de sociabilidade saudável” (Chies, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, o texto demonstrou que o Direito das pessoas em privação de liberdade e a proteção à saúde – cidadania e dignidade humana, é garantido nos mais diversos diplomas legais, em nível nacional e internacional.

A Constituição Federal, completando 35 anos de história, coloca a pessoa privada de liberdade como sujeito de direitos. Logo, ao menos em tese - no papel e no discurso, é refinada de promessas de uma execução penal conservadora de dignidade e efetividade dos direitos sociais (Chies, 2017). No entanto, ao analisarmos a situação penitenciária brasileira, caracterizada por violências e superlotações, a realidade contrapõe as normas.

A proteção à saúde no sistema prisional nacional e sul-rio-grandense é deficitária, visto a própria observação da mortalidade em seu interior e os casos de adoecimentos, com altos índices relacionados a doenças respiratórias e/ou sexualmente transmissíveis. Conforme números apresentados, as mortes relacionadas a causas de saúde e suicídio são as mais incidentes, somadas ao alto índice de encarceramento; superlotação; precárias condições de higiene; má alimentação (Barcellos, 2010), carências de salas e equipamentos específicos e insuficiências de equipes médicas. Desse modo, as desumanidades se mantêm.

A efetivação do Direito à Saúde das pessoas em privação de liberdade é desafiadora, pois o cenário “contrapõe o texto, o conteúdo, a promessa, o discurso oficial, a garantia da ‘Lei’ e do Estado” (Chies, 2017, p. 45), fazendo morrer ou expondo à morte (Mbembe, 2017).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Bruno Rotta; MASSAÚ, Guilherme Camargo. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. **Derecho y Cambio Social**, v. 12, p. 1-16, 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, 2010.
- BRASIL. CONASS. **Legislação Estruturante do SUS**. 1. ed. Brasília: CONASS, 2011. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2023.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- BRASIL. **Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014**. Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Presidência da República, 2014.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo; ALMEIDA, Bruno Rotta. Mortes sob custódia prisional no Brasil: prisões que matam; mortes que pouco importam. **Revista de Ciencias Sociales**, v. 32, 2019.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. Direito das pessoas presas: ou, quando as leis não bastam... *In*: SOUZA, Aknaton Toczec (org.). **I estudos empíricos em direito: semeando liberdades**. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2017. p. 31-49.
- GIRIBONE, F. Acosta Duarte; NOGUEIRA, M. Madruga; CHIES, L. Antônio Bogo. Mortes sob custódia no Amazonas, Ceará e Rio Grande do Sul: análise de demandas judiciais de indenização. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S.L.], v. 9, p. 1-24, 2023.
- INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: período de janeiro a junho de 2023. Brasília: INFOPEN, 2023. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYWVwMTI1MzEtNDRIOS00ZWl3LTg5ZjAtMWY1ZmE3NTEzZjc1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTJiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 30 set. 2023.
- MASSAÚ, G.; ROSA, R. Acidentes de trânsito e direito à saúde: prevenção de vidas e economia pública. **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 2, p. 30-47, out. 2016.
- MBEMBE, A. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MNPCT. **Relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura**. Brasília: MNPCT, 2017.

REIS, Denizi Oliveira; ARAUJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde**. São Paulo: Unifesp, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TEIXEIRA, Carmen. **Os princípios do Sistema Único de Saúde**. Salvador, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988: CAMINHOS, DESAFIOS E A FINALIDADE DEMOCRÁTICA DO PROCESSO

Leonardo Cristovam de Jesus¹

Vitória dos Santos Rosa²

RESUMO: O devido processo legal e o princípio da motivação são condições para efetivar a finalidade democrática do processo administrativo. No processo judicial, as decisões são impugnáveis mediante Embargos de Declaração, contudo, no âmbito do processo administrativo, não há instrumento para tal finalidade. Assim, o problema do trabalho é: a ausência de um meio específico de impugnar decisões carentes de motivação ou que incorrem em obscuridade, omissão, contradição ou erro material pode representar prejuízo à finalidade democrática do processo administrativo constitucional? A hipótese é afirmativa. O objetivo geral é investigar se a ausência de um meio específico para impugnar tais decisões representa prejuízo à finalidade democrática do processo administrativo constitucional. Ademais, são objetivos específicos: apontar os aspectos fundamentais do processo administrativo constitucional no Estado Democrático de Direito; discutir a aplicação subsidiária dos Embargos de Declaração no processo administrativo e a (in)compatibilidade com o regime jurídico-administrativo e; analisar o tratamento dado pela jurisprudência administrativa do CNJ e da Anatel aos Embargos de Declaração opostos entre os anos de 2018 e 2023. O método utilizado foi o dedutivo, a abordagem qualitativa e a técnica bibliográfica e documental. Os resultados indicaram que os Embargos de Declaração são compatíveis com o regime jurídico-administrativo brasileiro e que sua utilização tem o condão de fortalecer a finalidade democrática do processo administrativo. A análise jurisprudencial indicou que a maior parte dos Embargos de Declaração opostos são recebidos como figuras recursais distintas, mas que há casos em que são conhecidos e recebidos como tais.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de Declaração; processo administrativo; finalidade democrática; princípio da motivação.

INTRODUÇÃO

O processo administrativo brasileiro carece de uma regulamentação uniforme, ficando seus procedimentos estabelecidos em legislações esparsas ou atos administrativos. A

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assistente Jurídico no escritório Cristóvam & Palmeira Advogados Associados. Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/9882013769014538>. E-mail: cristovam.ufsc@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Estagiária de Direito em Guerra Advocacia de Família e Sucessões. Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/2285315092885446>. E-mail: vtrsrosa@gmail.com.

sistematização do processo administrativo é dada pela Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, cujo escopo é a regulamentação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A referida norma pode servir como um parâmetro para a adoção de procedimentos, princípios e outras características inerentes ao processo administrativo por parte dos demais entes da federação, mesmo que a ela não se encontrem vinculados.

Contudo, diversos são os casos concretos em que a norma resulta omissa pelas lacunas deixadas pelo legislador, ocasião na qual se pode fazer uso das disposições do Código de Processo Civil, cuja aplicação é subsidiária no processo administrativo (art. 15 do CPC).

Nesse sentido, o CPC destinou a possibilidade de oposição de Embargos de Declaração no âmbito das decisões judiciais, conforme art. 1.022. Por outro lado, a Lei n. 9.784/1999 não prevê um meio específico de impugnação em relação às decisões administrativas que possuem obscuridade, omissão, contradição ou erro material. Ocorre que, a motivação dos atos administrativos ocupa aspecto de relevância e centralidade, constituindo um dos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 2º, da Lei n. 9.784/1999.

Assim, o problema central do presente trabalho se apresenta da seguinte forma: a ausência de um meio específico de impugnar decisões carentes de motivação, obscuras, omissas, contraditórias ou com erro material podem representar prejuízo à *finalidade democrática* do processo administrativo constitucional? A hipótese é afirmativa.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo geral investigar se a ausência de um meio específico para impugnar tais decisões representa prejuízo à finalidade democrática do processo administrativo constitucional e está dividido em 3 (três seções).

O método utilizado foi o dedutivo e, quanto à abordagem e técnica de pesquisa, utilizar-se-á a abordagem qualitativa e técnica bibliográfica e documental.

Na primeira seção, analisar-se-á os aspectos fundamentais do modelo de processo administrativo no Estado Democrático de Direito, destacando suas *finalidades*, o *devido processo legal* e o *princípio da motivação*. Na segunda seção, identificar-se-á as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração no processo judicial e sua relação com o princípio da motivação no âmbito do processo administrativo, bem como, discutir-se-á a aplicação subsidiária dos embargos de declaração no processo administrativo e a (in)compatibilidade com o regime jurídico-administrativo brasileiro.

Por fim, analisar-se-á o tratamento da jurisprudência administrativa aos Embargos de Declaração no âmbito do processo administrativo através da consulta de casos nos repositórios

institucionais do Conselho Nacional de Justiça e da Agência Nacional de Telecomunicações dos anos de 2018 a 2022, cujo *mérito* tenha versado sobre o assunto.

Os resultados poderão indicar quais os caminhos e barreiras para a adoção dos Embargos de Declaração no processo administrativo e os possíveis resultados relacionados à concretização do princípio da motivação e da *finalidade democrática* do processo administrativo no âmbito das decisões dele derivadas.

1 O MODELO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: FINALIDADES, O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

De acordo com Rocha (1997, p. 6), “a história do processo retrata a própria história do homem em sua luta pela democratização da relação do poder e com o poder”. Para a autora, a relação entre o processo e a democracia é umbilical, de modo que o processo pode ser compreendido como condição de garantia para realização da democracia (Rocha, 1997).

Contudo, apesar da centralidade do processo na concretização do Estado Democrático de Direito, não se pode perder de vista que o processo é um *instrumento*, de modo que “todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina” (Dinamarco, 2013, p. 177). Assim, adverte Carmen Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 6) que “o processo pode instrumentalizar a antidemocracia”.

A noção de processo administrativo, portanto, depende da necessária consideração de que tal instrumento não se situa isolado do ordenamento jurídico, de modo que deve ser informado e conformado pela ordem jurídica constitucional vigente, *notadamente* os princípios constitucionais afirmados pela Constituição Federal de 1988. É o que Carmen Lúcia Antunes Rocha chama de “*princiologia jurídica democrática informadora do processo*” (Rocha, 1997, p. 7), ou seja, a **constitucionalização do processo**.

As garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa insculpidas no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988 surgem de “um texto constitucional absolutamente moderno [...] o texto constitucional da cidadania” (Figueiredo, 1997, p. 10). Diz-se texto cidadão não por estilo de linguagem, mas porque sintetiza uma lógica de devido processo legal que conjuga a dimensão formal, que remonta a sua origem na Magna Carta de 1215, a *igualdade perante a lei*, para uma noção material, de *igualdade na lei*, pós Emenda XIV e interpretação dada pela Suprema Corte americana (Figueiredo, 1997).

Nessa dinâmica, entende-se que o devido processo legal é garantia assegurada pelo direito, que se aplica ao processo administrativo e que conjuga o contraditório como uma *extensão insuperável*, orientando para a ideia de que o Direito é afirmado fundamentalmente pela *dialética processual* (Rocha, 1997). Não à toa, a ampla defesa é corolário do devido processo legal, e carrega consigo uma série de garantias, dentre as quais se destaca o direito de ser informado e o direito de argumentar sobre o que se alega, constando nesse o direito de ter suas razões levadas em consideração no âmbito do processo (Rocha, 1997).

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o princípio do contraditório é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta” (Di Pietro, 2007, p. 367). A ideia de que as partes devem ser ouvidas também não se trata de mero recurso linguístico, é necessário que as partes tenham condições para produzir suas razões, como acesso aos autos do processo, por exemplo, mas que, uma vez produzidas, as razões sejam incorporadas ao processo e possam influenciar a decisão do julgador.

Além da observação do devido processo legal como *dimensão de garantia*, mirando-o pela sua localização e pela qualidade que ostenta em virtude do assento constitucional, também é importante observá-lo sob a dimensão da sua *finalidade*. De acordo com Sundfeld (2005), na gestão dos interesses coletivos, o administrador público lida com diversas intenções, cujo solução para seu implemento é dada pela Constituição Federal de 1988 através do uso do processo administrativo. No entanto, diante dessa perspectiva, a função instrumental do processo administrativo ganha novos contornos.

O processo administrativo é instrumento, mas não é só isso, “é também *veículo para criação de utilidade pública*, para produção de decisões que não estão antecipadamente dadas” (Sundfeld, 2005, p. 45, grifo nosso). Essa dimensão reforça a importância da *dialética processual* como construtora do Direito de que se falou anteriormente, justamente porque a solução advinda do processo não é dada com antecedência, ou de forma imediata, mas por ponderação, que se faz possível desde que se considere o tempo do processo como hiato para permitir a participação (Sundfeld, 2005).

Sundfeld (2005) aponta dois verbos como indispensáveis nesse processo: **ouvir e dialogar**. Para o autor, o processo encarna uma simples decisão, qual seja, a de que é preciso ouvir, mas que, por outro lado, de que a Administração Pública deve estar disposta a dialogar, já que a decisão deve considerar o que se ouviu das partes e eventuais interessados. E como a Administração pode dialogar? Para o autor, motivando! É que “*motivar é um modo de dialogar*”

(Sundfeld, 2005, p. 47, grifo nosso). Assim, *a motivação*³ *é condição para o exercício da participação*. Sem motivação não há participação, pois sem essa não há diálogo.

Não à toa, a motivação é princípio constitucional endereçado à Administração Pública e previsto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999, bem como é elemento indispensável da atuação administrativa, conforme exigência legal do art. 50, também da Lei n. 9.784/1999, entendida como a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos. A análise mais aprofundada sobre o princípio da motivação será realizada no segundo capítulo, conjuntamente à identificação das hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração.

Ora, se ao gestor público é dado o poder de escolher implementar um entre diversos possíveis interesses elegíveis, ou até mesmo aplicar uma entre uma miríade de gradações de sanções administrativas, por exemplo e, para tanto, possui o processo administrativo à disposição para preencher a decisão que não deveria (e nem poderia) estar previamente tomada, mas ao final do processo deixa de considerar as razões dos interessados, é dizer que a decisão já estava tomada previamente e o processo foi um faz de conta.

Ocorre que o processo administrativo não possui *vocação formalista*. Na realidade, a finalidade do processo administrativo é dúplice e os olhos mais atentos perceberão que, por onde quer que se olhe, a finalidade do processo administrativo é materialmente delimitada.

De acordo com Martins (2004), o processo administrativo é um meio para o exercício da função administrativa, a fim de possibilitar que o exercício da função administrativa ocorra da melhor forma possível, mas é também um “meio pelo qual o cidadão influi na atividade administrativa [...] um *direito político do cidadão*” (Martins, 2004, p. 352, grifo nosso). É o que o autor denomina de *princípio da eficiência* e *princípio democrático* (Martins, 2004).

Em quaisquer das finalidades apontadas pelo autor, o processo administrativo não consegue se ver livre da incidência da principiologia constitucional, *notadamente* da noção fundamental do modelo participativo de processo administrativo desenhado pela Constituição Federal de 1988. Tem-se como base, dessa forma, o devido processo legal em suas dimensões formal e material, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as quais lhe integram indissociavelmente, e o princípio da motivação, que garante ao cidadão a consideração de suas razões pela Administração Pública quando da decisão administrativa. A dizer, mais do que ouvir, haverá, então, diálogo.

³ Ressalta-se que há importante diferença entre motivo e motivação, seja no âmbito dos atos administrativos, seja quando aplicados à Administração Pública em geral. Isso porque, ainda que ações tomadas pela Administração devam ter motivo e razão de ser, a motivação se caracteriza por ser uma justificativa dada de modo expreso e textual a fim de exprimir todas as situações de fato (motivo) que levaram o agente à manifestação da vontade (Carvalho Filho, 2011).

2 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO: O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO ENTRE A SUBSIDIARIEDADE E A (IN)COMPATIBILIDADE COM O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Conforme visto na seção anterior, a motivação é condição para o exercício da participação, uma das finalidades precípua do processo administrativo, a *finalidade democrática*. A participação exige a presença do diálogo. No entanto, o diálogo entre os cidadãos e a Administração Pública demanda que a motivação do pronunciamento administrativo seja completa, coerente, clara, correta, e que considere os argumentos trazidos pelas partes e pelos interessados.

Assim, selecionou-se a figura dos Embargos de Declaração para análise acerca da compatibilidade ou não da aplicação subsidiária no âmbito do processo administrativo federal. Nesse sentido, a próxima seção pretende identificar as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração no processo judicial e sua relação com o princípio da motivação para posteriormente avaliar a compatibilidade com o regime jurídico-administrativo.

2.1 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 determinou que as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme art. 93, inciso IX. Assim, “a fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, *exteriorizando a base fundamental da sua decisão*” (Nery Jr., 2000, p. 286, grifo nosso).

Assim, como ferramenta para impugnar as decisões judiciais, o CPC previu, em seu art. 1.022, os Embargos de Declaração, ferramenta processual que tem como fundamento esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, e, por fim, para corrigir erro material presente em qualquer decisão judicial, independentemente do procedimento adotado.

Assim, a fundamentação dos aclaratórios é sempre vinculada, já que deve necessariamente apontar uma omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sob pena de não serem conhecidos. Logo, os vícios das decisões que os embargos de declaração visam sanar

são aqueles que justamente caracterizam um pronunciamento judicial como carente de fundamentação, o que, como visto, é vedado pela Constituição Federal.

A hipótese relativa à *contradição* ou ao *erro material* decorre da necessidade de coerência de uma decisão judicial⁴. No entanto, é necessário ressaltar que essa contradição é referente ao conteúdo interno do pronunciamento, como no caso de uma argumentação cuja conclusão é contrária aos pontos nela expostos. Por outro lado, a *obscuridade* é o pronunciamento judicial ininteligível, seja por não ser legível ou por ser incompreensível (Didier Jr.; Cunha, 2021, p. 329), de modo que não há clareza nos argumentos.

Por fim, a *omissão*⁵ se refere à ausência de manifestação, sobre o pedido ou sobre fundamento relevante, ou sobre questões passíveis de análise de ofício. Tal é assim em respeito ao contraditório e à ampla defesa, conforme estabelecido pelo art. 1.022, parágrafo único c/c art. 489, § 1º, do CPC, este último que caracteriza uma decisão judicial como fundamentada.

Diante da análise das hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração, percebe-se que a necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais está amplamente conectada ao princípio da motivação, haja vista que a fundamentação nada mais é do que a exposição dos motivos, baseados em fundamentos jurídicos, de forma expressa e textual, que foram capazes de dar ensejo à decisão proferida pelo magistrado.

O paralelo pode ser traçado com a motivação no âmbito do processo administrativo, já que a motivação é ao mesmo tempo *princípio* da Administração Pública, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.784/1999 e *condição para validade dos atos administrativos*, conforme art. 50, também da Lei n. 9.784/1999.

Ademais, ainda que a motivação não encontre assento no rol do art. 37º, *caput*, da Constituição Federal, sua importância permanece fundamental, até porque “a sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos” (Di Pietro, 2020, p. 246).

Assim, entende-se que a motivação é necessária aos atos praticados pela Administração Pública e, ainda que não previstos diretamente na Constituição Federal de 1988, sua

⁴ Nesse sentido, ao magistrado é dada a oportunidade de “corrigir evidentes e inequívocos enganos involuntários ou inconscientes, retratados em discrepâncias entre o que se quis afirmar e o que restou consignado no texto da decisão” (Didier Jr.; Cunha, 2021, p. 321).

⁵ Especificamente em relação à omissão, previu o CPC de 2015 o conteúdo jurídico do termo omissão, enquadrando-o como, dentre outras hipóteses, a sentença judicial que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, portanto, uma hipótese de carência de fundamentação, situação contra a qual se faz igualmente cabível a oposição de Embargos de Declaração.

⁶ De acordo com Di Pietro (2020), isso se deve provavelmente ao fato de o princípio já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

aplicabilidade geral decorre de princípios por ela positivados em seu art. 37, *caput*, a exemplo da legalidade e da impessoalidade.

Não à toa, em virtude da fundamental importância da motivação das decisões judiciais e administrativas, o ordenamento jurídico previu ferramentas para que as decisões possam ser impugnadas, seja no âmbito judicial, através dos recursos previstos no art. 994, do Código de Processo Civil, dentre os quais os Embargos de Declaração, seja no âmbito administrativo, através das disposições gerais previstas na Lei n. 9.784/1999, notadamente em relação à garantia de interposição de recursos (art. 2º, inciso X) e da previsão do Recurso Administrativo e Revisão (art. 56 e ss.).

No entanto, a dinâmica dos Embargos de Declaração se relaciona umbilicalmente com o processo administrativo, no qual o diálogo entre a Administração Pública e os cidadãos deve ser integral e sem ruídos, a fim de permitir a produção da decisão administrativa mais acertada, bem como permitir a participação.

Nesse sentido, na próxima seção pretende demonstrar que as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração previstas para o processo judicial, nos termos do art. 1.022, do CPC, são compatíveis com o regime jurídico-administrativo.

2.2 A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL E A COMPATIBILIDADE COM O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

As disposições do Código de Processo Civil de 2015 são aplicáveis supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo, “art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. *A escolha do legislador não foi aleatória.*

Algo subsidiário vem a ser aquilo que auxilia, que reforça, ou seja, algo secundário, enquanto aplicação supletiva se refere a adoção de novos paradigmas para completar o desenvolvimento de um paradigma incompleto (Priberam, 2023).

Nesse sentido, o Código de Processo Civil brasileiro não serve somente para dar apoio às normas já existentes no âmbito processual administrativo, mas também para suprir as lacunas deixadas pelo fazer legislativo, assim como ocorre com a falta de previsão de uma ferramenta processual capaz de impugnar as decisões carentes ou com vícios de fundamentação no âmbito dos processos administrativos.

Nesse caso, não basta analisar se há subsidiariedade entre as disposições do Código de Processo Civil de 2015 e o processo administrativo, visto que ela é evidente por força do art. 15, do CPC; a *pedra de toque* está na análise acerca da **compatibilidade** dos aclaratórios com o processo administrativo.

A lógica que subsidia a adoção pelo Código de Processo Civil da *ampla embargabilidade* se coaduna diretamente com a lógica do processo administrativo, justo porque esse tem por pressuposto a motivação. A motivação é a materialização da existência do diálogo entre Administração Pública e cidadãos.

Assim, tanto no processo judicial, quanto no processo administrativo, os pronunciamentos devem ser sempre fundamentados, mas nesse com distinta importância, já que servirá para produzir um ato administrativo com presunção de legitimidade e legalidade. Desta forma, tal como ocorre no processo judicial, a embargabilidade deve ser estendida até mesmo aos pronunciamentos administrativos irrecorríveis, já que, a ausência de fundamentação os coloca diante da possibilidade da nulidade.

A existência de decisões administrativas (ainda que irrecorríveis) omissas, contraditórias, obscuras ou com erros materiais por si só afrontam a dinâmica do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, nos termos indicados na primeira seção. Diante desse cenário, a possibilidade de oposição de Embargos de Declaração no processo administrativo é compatível com o regime jurídico-administrativo, já que têm o condão de aperfeiçoar as decisões administrativas e fortalecer o princípio da motivação.

3 ANÁLISE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS PELO CNJ E ANATEL NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 2018 E 2022

Após verificada a possibilidade da aplicação subsidiária dos Embargos de Declaração no processo administrativo federal e a compatibilidade da utilização do referido instrumento no âmbito no regime jurídico-administrativo brasileiro, pretende-se, a partir daqui, analisar como a “jurisprudência” de casos administrativos trata o referido instrumento.

Para tanto, optou-se por realizar a busca em dois repositórios de “jurisprudência” administrativa, quais sejam o do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Em ambos os casos, consultaram-se julgamentos cujo mérito analisava a oposição de Embargos de Declaração. O período selecionado compreendeu os anos

de 2018 a 2022. A busca⁷ retornou 33 (trinta e três) resultados, dos quais foram selecionados **22 (vinte e dois) casos**⁸.

Os casos foram agrupados por ano e divididos entre “conhecidos” e “não conhecidos”, com base na observação acerca do conhecimento ou não conhecimento dos Embargos de Declaração opostos no âmbito do processo administrativo. Posteriormente, identificaram-se as causas para o conhecimento ou não conhecimento, nesse caso, de um lado, “*proibição regimental*” para o não conhecimento e, de outro lado, “*fungibilidade*” e “*omissão constatada*” para o conhecimento, conforme tabela 1.

TABELA 1 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO PERÍODO DE 2018-2022

Ano	N. de casos	Conhecidos	Causa	Não conhecidos	Causa
2022	12	5	<i>fungibilidade</i>	7	<i>proibição regimental</i>
2021	5	1	<i>omissão constatada</i>	4	<i>proibição regimental</i>
2020	4	1	<i>fungibilidade</i>	3	<i>proibição regimental</i>
2019	1	0	–	1	<i>proibição regimental</i>
2018	0	–	–	–	–
TOTAL	22	7		15	

FONTE: Elaborado pelos autores (2023).

Por outro lado, a consulta às decisões da Anatel retornou um número inferior de resultados. O buscador é disponibilizado pela Biblioteca da Anatel e foi configurado no campo “norma” com a opção “*Acórdão*” e no campo “Ementa” com os termos “*Embargos de Declaração*” grafados entre aspas. A busca retornou 11 (onze) resultados, dos quais foram selecionados **10 (dez) casos**⁹, conforme Tabela 2.

TABELA 2 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES NO PERÍODO DE 2018-2022

Ano	N. de casos	Conhecidos	Causa	Não conhecidos	Causa
2022	0	0	–	0	–
2021	0	0	–	0	–

⁷ Acerca do método de seleção, em relação às decisões do Conselho Nacional de Justiça, selecionaram-se a opção “acórdãos” e no campo de “exatidão da busca”, selecionou-se a opção “busca exata”. Ademais, na caixa de seleção nomeada de “sub-classe”, selecionou-se a opção “*Embargos de Declaração*”. Após a configuração, o campo “busca livre” recebeu a inserção do termo “*embargos de declaração*”.

⁸ Os resultados que não se referiam a julgamento de Embargos de Declaração e/ou que não correspondiam ao período selecionado foram excluídos.

⁹ Um dos casos não contemplava o critério temporal, já que anterior ao ano de 2018, tendo sido excluído.

2020	1	0	–	1	<i>proibição regimental</i>
2019	8	1	<i>fungibilidade</i>	7	<i>proibição regimental</i>
2018	1	1	<i>fungibilidade</i>	0	–
TOTAL	10	2		8	

FONTE: Elaborado pelos autores (2023).

A análise quantitativa dos dados coletados demonstra a existência de um padrão entre os casos de conhecimento dos Embargos de Declaração opostos no período. No âmbito da Anatel, apenas 20% dos Embargos de Declaração foram conhecidos e no do CNJ, aproximadamente 30%. Em ambos os âmbitos se aplicou o *princípio da fungibilidade* para receber os embargos como outras figuras recursais previstas nos regimentos internos; na Anatel em todos os casos e no CNJ na maior parte deles, de modo que apenas em um caso os Embargos de Declaração foram conhecidos e recebidos enquanto tais.

Assim, a análise quantitativa aponta que o Conselho Nacional de Justiça e a Agência Nacional de Telecomunicações tendem a não aceitar a oposição de Embargos de Declaração no âmbito do processo administrativo federal, cujo conhecimento é diminuto e, quando ocorre, dá-se por meio da aplicação do princípio da fungibilidade, identificando-o com outra espécie recursal prevista no regimento interno.

3.1 O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ENCRUZILHADA DOS REGIMENTOS INTERNOS DO CNJ E DA ANATEL

Conforme indicado na seção anterior, o conhecimento ou o não conhecimento dos Embargos de Declaração opostos no âmbito do processo administrativo federal da Anatel e do CNJ perpassam pela aplicação dos respectivos Regimentos Internos.

O Regimento Interno da Anatel é disciplinado pela Resolução n. 612, de 29 de abril de 2013, a qual prevê a figura do Recurso Administrativo (art. 115, § 1º), o Pedido de Reconsideração (art. 126, *caput*) e o Pedido de Revisão¹⁰ (art. 90, *caput*)¹¹. Assim, os Embargos de Declaração opostos no período analisado foram conhecidos através do *princípio da fungibilidade recursal* para recebê-los como uma destas três figuras recursais.

¹⁰ O Pedido de Revisão pode ser manejado no âmbito do Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigação (PADO) e é cabível a qualquer tempo, desde que presentes circunstâncias ou fatos novos ou circunstâncias relevantes capazes de justificar a inadequação da sanção aplicada.

¹¹ Há também a previsão de que, ao tratar acerca de matéria afeta à área de licitações e contratos administrativos, observe-se a legislação específica da matéria, nos termos do art. 115, § 9º, do Regimento Interno da Anatel.

Por outro lado, o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça é disciplinado pela Resolução n. 67, de 3 de março de 2009, e prevê no § 6º do art. 115 a irrecurribilidade dos atos e decisões do Plenário (Brasil, 2009). Na prática, em relação às figuras recursais, há apenas a menção ao recurso administrativo ao plenário do CNJ, de acordo com os termos do *caput* do artigo 115 (Brasil, 2009). Ademais, o regimento estabelece que o Relator pode propor a correção de erros materiais de ofício.

A estrutura desenhada pelo regimento interno do CNJ endereça dois caminhos de processamento para eventual oposição de Embargos de Declaração: (1) conhecimento e recebimento como Recurso Administrativo através da aplicação do princípio da fungibilidade ou; (2) não conhecimento em razão de proibição regimental, vez que irrecurribéis as decisões do Plenário, conforme § 6º, do art. 115, do RICNJ (Brasil, 2009).

O segundo caminho é a regra. Os julgados costumam não conhecer dos aclaratórios opostos sob o argumento de que “não são cabíveis embargos de declaração contra acórdão do Plenário, por expressa proibição regimental, conforme o art. 115, § 6º, do RICNJ, que estabelece que ‘dos atos e decisões do Plenário não cabe recurso’” (Brasil, 2022a). Contudo, conforme indicado na análise quantitativa da seção anterior, a interpretação dada pelo CNJ comporta exceções, as quais só podem ser compreendidas se analisadas as decisões de forma qualitativa.

O não conhecimento dos embargos sob o argumento da *irrecorribilidade das decisões do Plenário* possui duas características: 1) a identificação de que os aclaratórios modificaram o *mérito* da decisão, logo, funcionam como recurso¹² e; 2) a interpretação de que os aclaratórios são *mero inconformismo*¹³ da parte embargante e, portanto, não se destinariam às hipóteses de omissão, contradição, obscuridade e erro material.

Nesse sentido, a segunda característica parece apontar para o fato de que, caso os aclaratórios opostos não objetivarem modificar o mérito da decisão, bem como não se referirem a mero inconformismo, mas sim ensejar uma das hipóteses de cabimento previstas, os embargos seriam cabíveis e poderiam ser conhecidos enquanto tais.

¹² A aplicação de efeitos infringentes aos aclaratórios modificaria o “mérito” da decisão do Plenário e afrontaria a determinação da irrecurribilidade do § 6º, do art. 115 do RICNJ, como no seguinte trecho “pretende o reclamado valer-se dos aclaratórios com intuito infringente, para resolver questões definitivamente decididas pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, o que é inadmissível na presente via” (Brasil, 2022b, grifo nosso).

¹³ Essa interpretação pode ser compreendida no seguinte trecho: “os Embargos opostos indicam mero inconformismo com o resultado do julgamento, sendo incabíveis também porque não se prestam a sanar qualquer obscuridade, contradição, omissão ou erro material” (Brasil, 2021a, grifo nosso).

A tese foi colocada à prova pelo CNJ e se sustentou. Conforme se colhe da amostragem selecionada, houve um caso de conhecimento e recebimento dos aclaratórios enquanto tais, ocasião na qual o precedente do CNJ ponderou que, uma vez identificadas irregularidades como obscuridade, contradição, omissão ou erro material, faz-se imperiosa a correção das irregularidades. Atestou-se, então, serem os Embargos de Declaração o meio adequado e cabível para tanto. A referida decisão consignou que:

Inobstante haja iterativa jurisprudência deste Conselho no sentido de serem incabíveis os embargos de declaração em face de decisão plenária, constata obscuridade, contradição, omissão ou erro material na decisão, é forçoso conhecê-los para sanar as irregularidades identificadas (Brasil, 2021b, grifo nosso).

A decisão é inovadora não só pelo fato de ter sido a única encontrada, mas também por apontar que a jurisprudência do CNJ encaminha entendimento de que o manejo dos Embargos de Declaração é cabível se houver **utilização típica** da figura, ou seja, se os aclaratórios destinarem-se a ensejar uma das hipóteses de cabimento do art. 1.022, do Código de Processo Civil, faz-se completamente cabível a utilização do instrumento.

O entendimento possibilita considerar que os Embargos de Declaração se constituem enquanto ferramenta cabível e apta a sanar irregularidades derivadas de vícios de motivação, como a obscuridade, contradição, omissão ou erro material e que não devem ser automaticamente recebidos enquanto outra espécie recursal.

CONCLUSÃO

A problemática central do trabalho girou em torno do questionamento acerca de se a ausência de um meio específico de impugnar decisões carentes de motivação, obscuras, omissas, contraditórias ou com erro material poderiam representar prejuízo à *finalidade democrática* do processo administrativo constitucional.

Para validar a hipótese, analisou-se os aspectos fundamentais do modelo de processo administrativo no Estado Democrático de Direito e pôde-se concluir que o processo administrativo deve ser informado pelos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, numa *dimensão material de dialética processual*. Assim, o processo administrativo é a possibilidade de os interessados participarem da construção da decisão final, o que exige diálogo, e o diálogo se faz, também, através da motivação.

Igualmente, verificou-se que o princípio da motivação, ainda que não previsto diretamente da Constituição Federal, decorre, em geral, de princípios por ela positivados em seu art. 37, *caput* e identificou-se que as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração, previstas nos incisos do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, relacionam-se amplamente com o princípio da motivação, já que se destinam a corrigir vícios de motivação.

A contribuição dos aclaratórios no processo administrativo é, portanto, a de aperfeiçoar a exposição de motivos fáticos e jurídicos da decisão administrativa.

Ainda, verificou-se que a aplicação subsidiária da figura dos Embargos de Declaração previsto no Código de Processo Civil é compatível com o regime jurídico-administrativo brasileiro. Isso porque a utilização dos aclaratórios possibilita a maximização da previsão constitucional do devido processo legal aos cidadãos que participam do processo administrativo em conjunto com a Administração Pública.

Nessa perspectiva, considera-se os princípios de um Estado *Democrático de Direito*, bem como a garantia que dele decorre referente à ampla defesa e ao contraditório, conforme aponta o contexto do paradigma emergente da Administração Pública democrática, que o alça à *princípio estruturante da disciplina administrativa* (Cristóvam, 2018, p. 13).

Por fim, a análise da jurisprudência selecionada permitiu compreender que, a despeito de grande parte dos julgados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) não conheceram dos Embargos de Declaração – ou conhecerem os recebendo como outras espécies recursais previstas nos respectivos Regimentos Internos, por meio do *princípio da fungibilidade recursal* –, houve uma exceção encontrada.

No caso, a razão de decidir da exceção encontrada direciona entendimento de que o conhecimento e recebimento dos Embargos de Declaração enquanto tais pode ocorrer, desde que manejado com a finalidade de ensejar as hipóteses de cabimento previstas nos incisos do art. 1.022 do CPC, o que permite concluir pela possibilidade prática de aplicação dos Embargos de Declaração no âmbito do processo administrativo federal.

Nesse sentido, é possível afirmar que o Conselho Nacional de Justiça possui um *precedente administrativo* que encaminha ao entendimento acerca da necessidade de que os aclaratórios opostos contra decisões, ainda que do Plenário, devem ser conhecidos e recebidos enquanto Embargos de Declaração, desde que sua utilização enseje as hipóteses de cabimento previstas no art. 1.022 do CPC.

Assim, os atos administrativos devem ser motivados e a *motivação não deve conter vícios*. Contendo, é como se houvesse ruídos no diálogo entre a Administração Pública e o

cidadão. No entanto, um diálogo ruidoso não produz nem a decisão administrativa mais acertada, tampouco garante a participação do cidadão, que não terá o que disse levado em consideração pela autoridade administrativa competente.

Nesse sentido, é necessário que uma decisão administrativa cuja motivação contenha vícios possa ser impugnada, a fim de eliminar tais ruídos do diálogo. Dessa forma, constituem os Embargos de Declaração uma ferramenta subsidiária, prevista no Código de Processo Civil brasileiro, e compatível com o regime jurídico-administrativo que pode cumprir essa função.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Embargos de Declaração. **Processo n. 0004934-30.2020.2.00.0000.** Relator Flávio Pessoa, 30 de abril de 2021a. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53767&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Embargos de Declaração. **Processo n. 0009550-19.2018.2.00.0000.** Relator Luis Fernando Tomasi Keppen, 10 de novembro de 2021b. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=52852&indiceListaJurisprudencia=3&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=2>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Embargos de Declaração. **Processo n. 0010349-91.2020.2.00.0000.** Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 28 de junho de 2022a. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53767&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Embargos de Declaração. **Processo n. 0010349-91.2020.2.00.0000.** Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 26 de agosto de 2022b. Disponível em:
<https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53767&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 15 nov. 2022.

CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Elementos de Direito Administrativo.** 5. ed. Florianópolis: UFSC, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. **Direito Administrativo.** 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 18. ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2021.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 7-18, 1997. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47039>. Acesso em: 04 set. 2023.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de direito administrativo**, v. 235, p. 321-381, 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45140>. Acesso em: 02 set. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PRIBERAM. “**Subsidiariedade**”. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/subsidiariedade>. Acesso em: 07 set. 2023.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 209, p. 189-222, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 6, n. 23, p. 39-51, 2007. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/436>. Acesso em: 30 ago. 2023.

O MECANISMO DE CRÉDITOS DE CARBONO COMO INSTRUMENTO PARA ALCANÇAR OS PRECEITOS DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Poliana Ribeiro dos Santos¹

Camila Segovia Rodríguez²

RESUMO: O objetivo central deste trabalho é apresentar um estudo sobre a relevância do mercado de créditos de carbono como instrumento para alcançar os preceitos do artigo 225 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no contexto das Mudanças Climáticas. A pergunta que norteia este trabalho é: qual a relevância do mecanismo de créditos de carbono como instrumento para alcançar a proteção ambiental estabelecida, por meio do artigo 225 da Constituição brasileira? Para responder tal questionamento, primeiramente será apresentado um panorama geral sobre como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) trata o meio ambiente, focando, especialmente, no art. 225 do texto constitucional para, na sequência, relacionar tal disposição com o cenário das Mudanças Climáticas no país. Em um segundo momento, será tratado o mercado de créditos de carbono, bem como a sua regulamentação no Brasil. E por fim, em um terceiro momento, demonstrando a relevância desse mecanismo de créditos de carbono como instrumento para alcançar os preceitos do art. 225 da CRFB/88 e, conseqüentemente, combater os impactos das mudanças climáticas no país. No que diz respeito à metodologia, foi utilizado o método hipotético-dedutivo e o levantamento das fontes foi por meio das técnicas de revisão bibliográfica. Por fim, observou-se que o mercado de carbono se apresenta como um excelente mecanismo para alcançar o objetivo esculpido na CRFB/1988, porém não se apresenta como uma solução única, sendo necessário o planejamento de estratégias concretas de preservação e recuperar meio ambiente brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; meio ambiente; créditos de carbono.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), apresentou-se como a implementação do Estado Democrático de Direito. Nessa versão promulgada, que rege

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2149540920056487>. E-mail: polianaribeiro.prs@gmail.com

² Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direito Internacional e Sustentabilidade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSC). Bacharela em Direito (UFSC). Pesquisadora no Grupo de Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito Internacional (EMAE/CNPq). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2228029068846014>. E-mail: camilasegovia.r@gmail.com

até os dias de hoje, o meio ambiente é tido como um direito fundamental. Isso pode ficar mais nítido quando o texto constitucional consagra de maneira expressa o meio ambiente à cláusula pétrea. É interessante destacar que se trata da primeira constituição do Brasil que menciona de forma expressa o termo meio ambiente (Machado, 2013, p. 150).

Quando a CRFB/88 reconhece o direito universal a um ambiente ecologicamente equilibrado ela assume um caráter fundamental, equiparando-se em importância aos direitos enunciados no artigo 5º da mesma Constituição (Derani, 2008, p. 60).

A partir de então, o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente (Machado, 2013, p. 156). Isso deixa em evidência que, em que pese o Estado tenha obrigações para com o meio ambiente, não cabe a ele, única e exclusivamente, resguardá-lo. A coletividade ou o corpo social é também uma agente primordial para uma execução eficiente. Logo, a defesa desse meio ambiente é aquela que é desejada pela Constituição e não qualquer meio ambiente. O meio ambiente que a CRFB/1988 busca é aquele ecologicamente equilibrado, havendo o descumprimento quando o Poder Público e a coletividade possibilitam o desequilíbrio desse meio (Machado, 2013, p. 158).

Neste contexto de preservação ambiental constitucional, se insere o mercado de créditos de carbono, o qual por meio dos Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) foi projetado para o desenvolvimento de atividades ou projetos que objetivam remover gases de efeito estufa ou reduzir suas emissões de poluentes, de modo sustentável, contribuindo para alcançar a meta de ambiente sustentável e equilibrado previsto na CRFB/88.

Assim, os países não enumerados no Anexo I são autorizados ao desenvolvimento de tais projetos, enquanto os países pertencentes ao Anexo I, podem se filiar ao projeto, por meio de financiamento (Furtado, 2012). Ou seja, os países descritos no Anexo I poderão comprar créditos de carbono, produzido em outros países, em especial aqueles que não estão descritos no anexo 1 do Protocolo de Kyoto.

Frente a esse contexto do mercado de carbono estar em consonância com a CRFB/88, a presente pesquisa possui a seguinte pergunta norteadora: qual a relevância do mecanismo de créditos de carbono como instrumento para alcançar a proteção ambiental estabelecida, por meio do artigo 225 da Constituição brasileira?

Partindo do questionamento norteador, foi estabelecido como objetivo geral, apresentar um estudo sobre a relevância do mercado de créditos de carbono como instrumento para alcançar os preceitos do artigo 225 da CRFB/1988, no contexto das mudanças climáticas.

Com base nas pesquisas iniciais, conjecturou-se que o mercado de créditos de carbono pode ser uma das alternativas atuais relevantes para lidar com as consequências das alterações do clima no país, tendo o potencial de auxiliar (no contexto climático) a alcançar os preceitos do artigo 225 da CRFB/1988, especialmente no que diz respeito ao direito de um ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações do país.

Para alcançar o objetivo geral formulado e responder à pergunta norteadora do presente estudo, adotou-se o método hipotético dedutivo. Sendo o levantamento das fontes por meio das técnicas de revisão bibliográfica, especialmente temas relacionados ao meio ambiente, constituição, créditos de carbono e Mudanças Climáticas, considerando o contexto brasileiro. Por fim, observou-se que o mercado de carbono se apresenta como um excelente mecanismo para alcançar o objetivo esculpido na CRFB/1988, porém é apenas uma das alternativas para lidar com esse desafio tão complexo e que requer atenção urgente pelo Poder Público e pela coletividade - até porque, é de responsabilidade de todos cuidar do nosso meio ambiente. Trata-se de um meio que tem o potencial de ajudar, mas sozinho, não fará milagres.

1 OS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO BRASIL

Lidar com as questões ambientais é, sem dúvida, um grande desafio para o mundo - e não seria diferente no cenário brasileiro. O país, com uma vasta biodiversidade, vem sofrendo há anos o impacto das atividades antrópicas. Dentre tais impactos, destacam-se aqueles oriundos das Mudanças Climáticas - um dos maiores desafios ambientais impostos ao mundo atualmente.

Nesse contexto, as normas constitucionais entram em ação para orientar e regular o meio ambiente, buscando evitar uma catástrofe ainda maior no país. Essas normativas têm objetivos específicos para a proteção ambiental e que abarcam o contexto das Mudanças Climáticas - e é, exatamente, isso que se busca neste tópico. Ou seja, almeja-se apresentar um panorama geral sobre como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) trata o meio ambiente e, posteriormente, relacioná-la com o cenário das alterações do clima. Destaca-se que neste momento do estudo não será feita uma análise pormenorizada sobre a temática ambiental constitucional, mas apenas demonstrar a importância que a constituição dá ao tema - por meio do artigo 225 da CRFB/88 - e como conectá-la ao quadro climático.

1.1 O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LUZ DO ARTIGO 225

Realizando uma ruptura com paradigmas autoritários, a Constituição de 1988, apresentou-se como a implementação do Estado Democrático de Direito. Nessa versão promulgada, que rege até os dias de hoje, o meio ambiente é tido como um direito fundamental. Isso pode ficar mais nítido quando o texto constitucional consagra de maneira expressa o meio ambiente à cláusula pétrea, reservando o Capítulo VI somente para a temática - além de tratar o assunto em outros momentos dentro do seu texto normativo. É interessante destacar que se trata da primeira constituição do Brasil que menciona de forma expressa o termo *meio ambiente* (Machado, 2013, p. 150). Nesse sentido, a CRFB/88 garante, em seu artigo 225, *caput*, que:

Art. 225. Todos têm direito **ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações** (Brasil, 1988, grifo nosso).

Para Derani (2008, p. 60), quando a CRFB/88 reconhece o direito universal a um ambiente ecologicamente equilibrado ela assume um caráter fundamental, equiparando-se em importância aos direitos enunciados no artigo 5º da mesma Constituição³. Nesse sentido, lidar com um direito fundamental é entender que estamos frente a um direito difuso e de terceira geração/dimensão. Fiorillo (2014, p. 45) explica que um direito difuso é aquele que pertence a todos e, ao mesmo tempo, não pertence a alguém em específico - ou seja, um grupo indeterminado de pessoas. Isso fica em evidência quando o art. 225 utiliza o termo *todos* logo no início do texto. Agora, quando falamos em direitos de terceira geração/dimensão estamos frente àqueles direitos que transcendem os direitos individuais e sociais, englobando aspectos e valores globais. No dispositivo constitucional podemos observar essa característica quando consta que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* e temos que protegê-lo - logo, a essência disso transcendem a natureza individual de cada um, pois busca ir além de uma simples proteção dos interesses pessoais, preocupando-se com a preservação do meio ambiente e pensando nas presentes e futuras gerações.

Nesse mesmo viés, destacam-se as palavras de Machado (2013, p. 151) ao afirmar que: “o direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Brasil, 1988).

‘transindividual’. [...] Por isso [...] entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada”.

Embora não sejam objeto de análises as constituições anteriores, visivelmente ocorreu um desenvolvimento ideológico no atual texto constitucional se comparado com os seus antecessores. Isso resultou em uma expansão notável das proteções constitucionais e um avanço substancial na própria abordagem dos direitos fundamentais. Um dos pontos de evolução onde isso fica mais claro é na inclusão do direito a um ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental - conforme já destacado. Inclusive, o texto constitucional vai além da concepção individualista dos direitos ao reconhecê-los como um bem de uso coletivo e primordial para a qualidade de vida de toda a população (Vasconcelos, 2012, p. 104).

Ainda, o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e preservar o meio ambiente (Machado, 2013, p. 156). Isso deixa em evidência que, em que pese o Estado tenha obrigações para com o meio ambiente, não cabe a ele, única e exclusivamente, resguardá-lo. A coletividade ou o corpo social é também uma agente primordial para uma execução eficiente. Logo, a defesa desse meio ambiente é aquela que é desejada pela Constituição e não qualquer meio ambiente. O meio ambiente que a CRFB/1988 busca é aquele ecologicamente equilibrado, havendo o descumprimento quando o Poder Público e a coletividade possibilitam o desequilíbrio desse meio (Machado, 2013, p. 158). Essa atuação em conjunto demonstra um reconhecimento expresso de que o meio ambiente não reconhece fronteiras, sejam regionais, estaduais, nacionais e internacionais - sendo, portanto, responsabilidade de todos em garantir um ambiente saudável para se viver. No entanto, há de se ter em mente que o Poder Público aqui tem uma atuação como gestor/gerente do meio ambiente, ou seja, ele não é o proprietário dos bens ambientais.

Essa linha jurídica de raciocínio conduz ao Poder Público a trabalhar de modo otimizado determinados aspectos de sua gestão, como por exemplo: ser mais transparente durante a sua atuação, ampliar a participação da sociedade civil no que diz respeito à gestão dos bens ambientais e efetuar uma prestação de contas sobre a proteção, conservação e utilização dos bens de uso comum do povo, concretizando assim o Estado Democrático e Ecológico de Direito⁴ (Machado, 2013, p. 155).

Destaca-se que a CRFB/1988 assegura a todos os seus indivíduos, de maneira ecologicamente equilibrada, o direito à vida em todas as suas manifestações. Logo, tem-se que tal direito está intrinsecamente ligado ao ambiente em que se vive, abarcando aspectos morais,

⁴ Exposição em consonância com os Artigos 1º, 170 e 225 da CRFB/1988.

psicológicos, culturais e materiais que conectam cada cidadão do país. E essa definição constitucional de ambiente ecologicamente equilibrado tem como foco a proteção não apenas da pessoa humana - que são os principais beneficiários das leis constitucionais do Brasil - mas também outras formas de vida adaptadas ao contexto local (Fiorillo; Ferreira, 2012, p. 883).

Nesse sentido, não temos como relacionar a tutela ambiental limitada a um único bem, pois o bem jurídico ambiental é algo extremamente complexo (Machado, 2013, p. 151-152), especialmente no contexto brasileiro, ante a sua grande biodiversidade. E pensar em um ambiente complexo em equilíbrio ecológico (como propõe a CRFB/1988 em seu art. 225) é, de fato, um grande desafio, já que estamos falando em diversos fatores que juntos, formam um ecossistema ou habitat de uma vasta biodiversidade, com características próprias e que podem, facilmente, sofrer rupturas graves pelas atividades antrópicas (Machado, 2013, p. 154).

Dentre tais ações humanas que estão afetando severamente o meio ambiente, temos hoje, um dos maiores problemas relacionados ao assunto: as Mudanças Climáticas - resultado das grandes emissões de gases de efeito estufa, oriundas da queima constante de combustíveis fósseis, do desmatamento desenfreado e de práticas industriais humanas inconsequentes. Os impactos dessas alterações do clima no mundo são desde o derretimento de geleiras nos polos do Planeta, elevação do nível do mar, alterações nos ecossistemas, eventos climáticos extremos como grandes secas, inundações, furacões, terremotos, etc, desencadeando uma crise ambiental mundial.

À vista disso, no subtópico a seguir, será tratada essa crise ambiental, especialmente no contexto das Mudanças Climáticas no Brasil, conectando o assunto com o artigo 225 da CRFB/1988 de forma geral. No cenário do país, as alterações do clima manifestam-se por meio do aumento das temperaturas médias, impactando ecossistemas únicos como a Amazônia e o Cerrado, por exemplo - e esses efeitos desafiam os preceitos impostos pela disposição constitucional.

1.2 O ARTIGO 225 CRFB/1988 E O CONTEXTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS NO PAÍS

Quando falamos de crise ambiental não estamos somente nos referindo a uma ameaça aos sistemas ecológicos, mas também estamos tratando uma preocupação simultânea com as estruturas sociais fundamentais. A expressão crise ambiental evoca a noção de perigo iminente para os alicerces que sustentam o sistema produtivo predominante no mundo (Derani, 2008, p.

62). E é nesse contexto que as Mudanças Climáticas ganham destaque: ante a queima de combustíveis fósseis (carvão, petróleo e gás), há décadas as atividades dos seres humanos têm desempenhado um papel central nas alterações climáticas. Dentre os elementos que contribuem para esse cenário de degradação, estão em destaque gases como o dióxido de carbono (CO_2), o metano (CH_4) - reconhecidos como os fundamentais agentes de efeito estufa. O impacto das alterações do clima, principalmente em países considerados menos desenvolvidos, pode ser cada vez maior (Warner *et al.*, 2010, p. 689), especialmente se não ocorrer uma mudança urgente para frear esse contexto.

No caso do Brasil, as suas dimensões continentais e a sua diversidade climática podem implicar em diferentes aumentos acentuados de temperatura, com perdas, inclusive, de rendimentos agrícolas em várias regiões do país. Como se não bastasse, os efeitos das Mudanças Climáticas também têm o potencial de exacerbar ainda mais as desigualdades regionais (Oliveira; Pereda, 2020, p. 1-2). Todas essas questões já foram devidamente tratadas, especialmente sobre a perda da biodiversidade ao longo dos anos (principalmente nas localidades do Cerrado e Amazônia) pela comunidade científica por meio dos relatórios do Painel Intergovernamental sobre Alterações Climáticas (IPCC, sigla em inglês) e demais estudos sobre a temática.

O Brasil, desde após a Conferência das Nações Unidas de 1972, buscou ter uma postura um pouco mais protetiva do seu meio ambiente - isso pode ficar mais claro, quando o instituiu-se a Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA) em 1973. Embora tal iniciativa, a postura brasileira posterior à referida conferência teve como norte um desejo de desenvolvimento intenso, utilizando-se dos recursos naturais como se fossem infinitos. A Rio 92 ajudou a mudar essa visão do meio ambiente no Brasil, trazendo à tona os problemas ambientais e obrigando ao país a tomar uma postura mais protetiva e globalizada, com o reconhecimento de que o meio ambiente deve ser uma questão prioritária na agenda internacional (Barbieri *et al.*, 2018, p. 87-88) e, consequente, na agenda nacional também.

No que diz respeito às Políticas Nacionais, já existem debates sobre as Mudanças Climáticas no país. No entanto, há uma grande quantidade de pontos a serem discutidos e resolvidos nos próximos anos e que tem o potencial de direcionar a ação política e econômica do Brasil (Barbieri *et al.*, 2018, p. 84). Nos anos 2000, o país teve a sua primeira atuação interna para lidar com as Mudanças Climáticas, criando o Fórum Brasileiro sobre Mudanças Climáticas (FBMC), cuja finalidade era apresentar um viés educativo sobre a temática e mobilizar a sociedade como um todo. Na sequência, sete anos depois, foi criado o Comitê Interministerial

sobre Mudanças do Clima (MIC) para efetuar um planejamento e implantação de um plano nacional para as Mudanças Climáticas. O referido plano teve a sua aprovação dois anos após (2009), com a instituição da Política Nacional de Mudança Climática (PNMC)⁵, oficializando o compromisso assumido pelo país junto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Posteriormente, originou-se o Painel Brasileiro de Mudanças Climáticas (PBMC), espelhando-se no IPCC, com o objetivo de apresentar avaliações cientificamente fundamentadas sobre os impactos, vulnerabilidade e ações de adaptação e mitigação sobre o tema no Brasil⁶. Com o auxílio da sociedade civil, governos estaduais, e o setor privado, foi instituído em 2016 o Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima (PNA) para desenvolver uma gestão de risco baseada nas alterações do clima e na redução das vulnerabilidades nesse contexto (Barbieri *et al.*, 2018, p. 88-89).

Um ponto relevante é destacar que os países do sul global (como o Brasil) têm demandas próprias quanto às consequências das Mudanças Climáticas. Essas demandas incluem a necessidade saneamento básico, questões de distribuição de renda mais justa, acesso à água potável, acesso à moradia e comida suficiente e de qualidade, entre outras demandas essenciais para viver com dignidade (Barbieri *et al.*, 2018, p. 84).

No âmbito do jurídico no país, é importante destacar que, o direito ambiental tem entre as suas finalidades apresentar regras que busquem prevenir, evitar e ou visem reparar um possível desequilíbrio ecológico (Machado, 2013, p. 67), englobando, dentro dessa lógica, os impactos das alterações do clima. No contexto constitucional, o artigo 225 da CRFB/1988 confere máxima e inequívoca proteção legal ao meio ambiente, sendo ecologicamente equilibrado - e isso deve, obrigatoriamente, ser cumprido. Isso pois, ante os efeitos das Mudanças Climáticas, tem-se o desequilíbrio ecológico, desrespeitando o dispositivo constitucional. É fundamental entender que “pensar em proteção do meio ambiente é uma clara opção pela continuidade desta sociedade” (Derani, 2008, p. 55). E nesse ponto, é primordial a seriedade e compromisso ético para com as disposições constitucionais para uma proteção jurídica da natureza que beneficie um compromisso real e eficiente com os sistemas naturais e os seus processos ecológicos (Ayala; Coelho, 2020, p. 138).

A CRFB/1988 reflete um conjunto de normas fundamentais que buscam organizar e desenvolver a sociedade (Derani, 2008, p. 233). Especialmente no que diz respeito ao desenvolver ressalta-se que não existe desenvolvimento, sem um meio ambiente propício,

⁵ A Política Nacional de Mudança Climática (PNMC) está prevista na Lei nº 12.187/2009.

⁶ Maiores informações, acessar: <http://www.pbmc.coppe.ufrj.br/index.php/pt/> Acesso em 23 de agosto de 2023.

protegido e conservado. Para Derani (2008, p. 55), só podemos pensar e articular a noção de meio ambiente e sua proteção quando analisamos essa lógica dentro de uma base social onde se desenvolve a relação humanos-natureza.

E é, justamente no âmbito do progresso industrial-tecnológico moderno que pode residir a chave para criar meios adequados de proteção e conservação do meio ambiente. Essa lógica pode ficar evidente quando, no cenário climático vivenciado, podemos buscar mecanismos eficazes que objetivam, de alguma forma, lidar com o problema e evitar uma catástrofe ainda pior. Justamente neste cenário são inseridos os créditos de carbono e o mercado de crédito de carbono, como um possível mecanismo para alcançar os preceitos esculpidos no art. 225 da CRFB/88, conforme será trabalhado nos próximos tópicos do presente estudo.

2 O MERCADO DE CRÉDITOS DE CARBONO E O MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Na década de 60, os Estados Unidos e países da Europa passaram a financiar pesquisas científicas para investigar as possíveis relações de causa e efeito entre o aquecimento global e a emissão dos Gases de Efeito Estufa (GEE). Os principais achados apontavam para uma evidente relação, principalmente quanto aos gases de fontes antrópicas. Ainda, pesquisas apontaram para uma forte relação entre a degradação ambiental e o consumo de energia de combustíveis fósseis, como o petróleo, carvão mineral e gás natural (Cenamo, 2004). Diante desses achados, Coase (1988), da Universidade de Chicago, cunhou a tese sobre a taxação da poluição em processos produtivos, para que compusesse o custo de produção, atingindo a consequência de menor poluição ou arrecadação de valores para reverter (Coase, 1988).

Partindo da tese de Coase (1988) e com base no Ótimo de Pareto, que versa sobre alocação de recursos em contexto socioeconômico em que os recursos são limitados (Kim *et al.*, 2020), os cientistas econômicos Crocker (1968) e Montgomery (1972), desenvolvem a tese do mercado de carbono, onde os Estados estabelecem um comércio de emissão de poluentes, oportunizando o cumprimento da meta de emissões definidas pelas organizações internacionais.

Em 1997, durante a III Conferência das Partes (COP-3), foi realizada a primeira iniciativa para a regulação internacional do mercado de crédito de carbono. Durante a conferência foi criado o Protocolo de Kyoto e nele foi implantado normativas sobre os créditos de carbono, sendo este, um acordo multilateral, visando metas para a redução da emissão de Gases do Efeito Estufa (Souza, 2017).

Durante o planejamento do mercado de crédito de carbono, estabelecido no Protocolo de Kyoto, foi realizada uma divisão entre os países signatários em dois blocos: a) Inseridos no Anexo I: são os países desenvolvidos, que iniciaram o processo de industrialização mais cedo e por consequência há anos praticavam a poluição ambiental e gozavam dos benefícios econômicos, proporcionados pela produção sem taxação por dano ambiental (Souza, 2018); b) Fora do anexo I: são os países subdesenvolvidos, que apresentavam características inferiores sobre o desenvolvimento e industrialização, ou seja, aqueles que ainda não haviam atingido elevados índices de emissão de poluentes. O Brasil foi inserido nesta categoria (Oliveira, 2020).

Para alcançar o objetivo de um meio ambiente ecologicamente equilibrado foram estabelecidos três mecanismos de flexibilização das emissões de poluentes, sendo eles (Oliveira, 2020): a Implementação Conjunta (art.6), o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) (art.12) e o Comércio de Emissões (art.17) (Brasil, 2004). Considerando a possibilidade do comércio de emissão de poluentes, o Protocolo de Kyoto trouxe a previsão de quatro formas de negociação, sendo elas: a) As unidades de quantidade atribuídas - *assigned amount units* (AAUs); b) As unidades de remoção - *removal unit* (RMU), c) As unidades de emissões reduzidas - *emission reduction unit* (ERU), d) As Reduções Certificadas de Emissões - *certified emission reductions* (CER) (Brasil, 2004).

A partir de então as negociações em torno dos créditos de carbonos passaram a constituir em um *commodity* e de 2005 em diante o mercado internacional de crédito de carbono passou a vigorar, com duas principais frentes de atuação: o Mercado Voluntário (Não *Kyoto-Compliance*) e o Mercado Regulado (*Kyoto-Compliance*).

O Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) é o principal ponto de interlocução com os preceitos básicos de meio ambiente ecologicamente equilibrado, esculpido no bojo da CRFB/88, por tal relevância será o ponto de conexão do presente estudo, entre os dois eixos temáticos principais.

Visando alcançar os objetivos do Protocolo de Kyoto, que estão em consonância com a CRFB/88, o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) foi projetado para o desenvolvimento de atividades ou projetos que objetivam remover gases de efeito estufa ou reduzir suas emissões de poluentes, de modo sustentável, contribuindo para alcançar a meta de ambiente sustentável e equilibrado previsto na CRFB/88.

Assim, os países não enumerados no Anexo I são autorizados ao desenvolvimento de tais projetos, enquanto os países pertencentes ao Anexo I, podem se filiar ao projeto, por meio de financiamento (Furtado, 2012). Ou seja, os países descritos no Anexo I poderão comprar

créditos de carbono, produzido em outros países, em especial aqueles que não estão descritos no anexo 1.

Por fim, o mecanismo de desenvolvimento limpo potencializa a cumprimento das metas de redução das emissões de Gases do Efeito Estufa (GEEs), por parte das empresas e dos governos dos países do Anexo I em parceria com os países que não estão relacionados no Anexo I. Gerando desse modo a criação de um ecossistema de mercado de carbono, visando a preservação do meio ambiente e total consonância com a CRFB/1988 (Furtado, 2012).

3 A RELEVÂNCIA DO MECANISMO DE CRÉDITOS DE CARBONO PARA ALCANÇAR OS PRECEITOS DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO CONTEXTO DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Conforme visto, o mercado de créditos de carbono pode ser considerado como um importante e valioso mecanismo para combater as Mudanças Climáticas - um dos maiores desafios ambientais da atualidade. A sua lógica parte da noção em ajudar nas políticas de redução de emissões de GEE. Havendo a redução dessas emissões - que são as principais responsáveis pelas alterações do clima - teremos menos efeitos negativos ao meio ambiente como um todo. Consequentemente, isso tem o potencial de contribuir para alcançar os preceitos do artigo 225 da CRFB/1988, que garante um ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

A relevância do mecanismo de créditos de carbono como instrumento para atingir a proteção ambiental estabelecida no dispositivo constitucional é de grande valia, visto que por meio dos projetos de ações de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) o Brasil pode estabelecer cooperações internacionais de preservação e restauração ambiental. Diante do atual contexto, em que o Brasil não compõe a lista do Anexo I do Protocolo de Kyoto, poderá participar do mercado de carbono na condição de vendedor de créditos. Ou seja, outros países atuam como patrocinadores monetários para que o país alcance o desenvolvimento sustentável e equilibrado do meio ambiente, nos exatos termos da CRFB/1988.

Pensar no mercado de créditos de carbono é pensar no combate às Mudanças Climáticas e, também, na relação de proteção e desenvolvimento ambiental. A necessidade de medidas urgentes para lidar com o aquecimento global e as alterações do clima, vem dando cada vez mais força a esse mercado, por meio dessas transações. Aqui, as empresas, organizações e pessoas podem, facilmente, compensar as suas emissões de GEE - prejudiciais ao Planeta - por

meio da aquisição de créditos de carbono oriundos de projetos de redução e ou captura (BNDES, 2022).

No contexto internacional, desde a Rio 92 - como destacado anteriormente - o Brasil tem apresentado uma atuação mais ativa nas negociações climáticas, com a ratificação de diversos acordos internacionais, participando do Protocolo de Kyoto, comprometendo-se com metas voluntárias de redução de desmatamento, uso mais intenso de energias renováveis e biocombustíveis, entre outros. Aliás, destaca-se aqui a relevância do Protocolo de Kyoto para o combate às Mudanças Climáticas, especialmente por intitular o mecanismo de créditos de carbono - foco deste estudo. Até porque, lidar com as mudanças climáticas exige uma economia de baixo carbono e é o que se busca com esse mecanismo.

Conforme observado ao longo do presente estudo, o mercado de crédito de carbono possui grande relevância no combate a degradação ambiental e preservação para um meio ambiente ecologicamente equilibrado, já apresentando resultados nesse sentido.

Derani (2008, p. 57) destaca que o direito ambiental como um todo, busca responder a um conflito interno da sociedade. E de fato, isso faz sentido quando temos as normas de proteção ambiental. Isso pois, essas normativas exemplificam um paradoxo social subjacente, expresso na complexa dicotomia exposta pela autora, qual seja: por um lado a sociedade se vê compelida a atuar dentro das bases industriais que promovem prazeres e bem-estar, mas também podem resultar no desconforto, doenças e misérias. Logo, ao estamos frente a esse tipo de conflito, desenvolve-se um novo conjunto de leis, cuja integração ao sistema legal impactará diversos setores, destacando-se aqui, o âmbito econômico.

Dessa forma, resta clara a relevância desse mercado como um dos instrumentos para combater as Mudanças Climáticas. Ao combater tal cenário, consequentemente se está buscando garantir um ambiente ecologicamente equilibrado, conforme os preceitos do art. 225 da CRFB/1988. Por óbvio que não é somente pensando nesse contexto que teremos um ambiente equilibrado, mas já é um caminho a se seguir. Até porque, a humanidade enfrenta outros enormes desafios (como a desigualdade social, por exemplo) que podem ser acentuados pelos efeitos das alterações do clima, mas as raízes de tais problemas podem ser ainda mais profundas, sendo necessário outros tipos de abordagens.

É importante ter em mente que a interpretação constitucional não pode separar os aspectos intrínsecos e interligados do âmbito político e do jurídico, pois perderia sua essência se negligenciar um deles ou favorecesse um em detrimento do outro (Derani, 2008, p. 196).

De forma geral, dentro das normativas que gerem a questão ambiental, é possível observar que a proteção do meio ambiente não tem como destino obrigatoriamente uma modificação radical da relação humanos-natureza. Isso pode ficar ainda mais claro quando, em sua maioria, as normas compreendem prescrições de propriedades quantitativas - exemplo disso é quando a principal inquietação está na avaliação dos níveis de poluição, medida de abstenção ou até mesmo de exploração (Derani, 2008, p. 55).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, observou-se a importância do mercado de créditos de carbono como forma de combater as Mudanças Climáticas. A longo prazo, esse mercado tem o potencial de se tornar um dos instrumentos mais eficazes para lidar com esse cenário - quando bem usado, é claro. Trata-se de uma forma de controlar as emissões de GEE (exemplos: CO₂, CH₄), um dos principais contribuintes nesse cenário climático.

No contexto brasileiro, o país apresentou, com o passar do tempo, uma postura mais protetiva com relação ao meio ambiente em geral, especialmente após a promulgação da CRFB/88, onde assegura-se, por meio do art. 225, *caput*, o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Por meio dessas disposições, outras normativas foram criadas para buscar assegurar esse direito, todavia, podemos considerá-las insuficientes ante aos impactos ambientais que o país vive, principalmente, se formos pensar no cenário climático, onde determinadas localidades do Cerrado e Amazônia, sofrem continuamente pelas atividades antrópicas.

Considerando tal contexto, a presente pesquisa traçou o objetivo geral de apresentar um estudo sobre a relevância do mercado de créditos de carbono como instrumento para alcançar os preceitos do artigo 225 da CRFB/1988, no contexto das mudanças climáticas. Para tanto, buscou responder o seguinte questionamento: qual a relevância do mecanismo de créditos de carbono como instrumento para alcançar a proteção ambiental estabelecida, por meio do artigo 225 da Constituição brasileira? A hipótese apresentada é que, o mercado de créditos de carbono pode ser uma das alternativas atuais para lidar com as consequências das alterações do clima no país, tendo o potencial de auxiliar (no contexto climático) a alcançar os preceitos do artigo

225 da CRFB/1988, especialmente no que diz respeito ao direito de um ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações do país.

A hipótese proposta foi confirmada, no entanto, destaca-se que o mercado de carbono nada mais é do que uma das alternativas para lidar com esse desafio tão complexo e que requer atenção urgente pelo Poder Público e pela coletividade - até porque, é de responsabilidade de todos cuidar do nosso meio ambiente. Trata-se de um meio que tem o potencial de ajudar, mas sozinho, não fará milagres.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo; COELHO, Mariana Carvalho Victor. Na dúvida em favor da natureza? Levar a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 10, n. 3, 2020. Disponível em: <https://www.rel.uniceub.br/RBPP/article/view/7235/pdf#>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BARBIERI, Mariana Delgado; DA COSTA FERREIRA, Leila; BARBI, Fabiana. Governando as mudanças climáticas: as estratégias políticas de Brasil e China. **Ideias**, v. 9, n. 2, p. 71-98, 2018.

BNDES. **Infográfico: como funcionam os mercados de carbono?** Rio de Janeiro: BNDES, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.bndes.gov.br/blogdodesenvolvimento/detalhe/Infografico-como-funcionam-os-mercados-de-carbono/>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Protocolo de Quioto e legislação correlata**. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70328/693406.pdf?sequence=2>. Acesso em: 24 ago. 2023.

CENAMO, Mariano Colini. **Mudanças climáticas, o Protocolo de Quioto e mercado de carbono**. São Paulo: CEPEA, 2004.

COASE, Ronald H. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

CROCKER, Thomas D. Some economics of air pollution control, in Natural Resources Journal. **Nat. Recursos J.**, v. 8, p. 236, 1968. Disponível em: <https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol8/iss2/3>. Acesso em: 24 ago. 2023.

DE OLIVEIRA, Yandra Patrícia Lima. Desafios do Mercado de Carbono após o Acordo de Paris: uma revisão. **Meio Ambiente (Brasil)**, v. 4, n. 1, 2021. Disponível em: <https://meioambientebrasil.com.br/index.php/MABRA/article/view/167>. Acesso em: 24 ago. 2023.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. **RIDB**, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/02/2012_02_0867_0910.pdf. Acesso em: 24 ago. 2023.

FURTADO, Fabrina *et al.* **Ambientalismo de espetáculo**: a economia verde e o mercado de carbono no Rio de Janeiro. 2012.

KIM, Yoomi; TANAKA, Katsuya; MATSUOKA, Shunji. Environmental and economic effectiveness of the Kyoto Protocol. **Plos one**, v. 15, n. 7, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7373286/>. Acesso em: 24 ago. 2023.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTGOMERY, W. Markets in licenses and efficient pollution control programs. **Revista de teoria econômica**, v. 5, n. 3, p. 395-418, 1972. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/002205317290049X>. Acesso em: 24 ago. 2023.

OLIVEIRA, Jaqueline; PEREDA, Paula. The impact of climate change on internal migration in Brazil. **Journal of Environmental Economics and Management**, v. 103, p. 102340, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0095069620300632#sec6> . Acesso em: 24 ago. 2023.

SOUZA, Maria Cristina Oliveira; CORAZZA, Rosana Icassatti. Do Protocolo Kyoto ao Acordo de Paris: uma análise das mudanças no regime climático global a partir do estudo da evolução de perfis de emissões de gases de efeito estufa. **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, v. 42, n. 1, p. 52-80, 2017.

VASCONCELOS, Lorena Silva. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito e dever fundamental na Constituição Federal do Brasil de 1988. **Revista Jurídica da FA7**, v. 9, p. 97-108, 2012. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/103/104>. Acesso em: 25 ago. 2023.

WARNER, Koko *et al.* Climate change, environmental degradation and migration. **Natural Hazards**, v. 55, p. 689-715, 2010. Disponível: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11069-009-9419-7>. Acesso em: 24 ago. 2023.

INTEGRANDO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E OS CAMINHOS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Maria Raquel Duarte¹

Thiago Andriago Vesely²

RESUMO: O presente estudo aborda a relação entre os princípios constitucionais, o direito fundamental à educação e a inclusão das pessoas com deficiência no contexto educacional brasileiro. A Constituição de 1988 consagra a educação como um direito humano fundamental, mas a realidade demonstra que indivíduos neuroatípicos frequentemente enfrentam barreiras em ambientes educacionais não adaptados. Isso contrapõe os princípios de igualdade e dignidade humana presentes na Constituição. Salvaguardas legais e tratados internacionais, notadamente a Convenção de Salamanca (1994), buscam garantir a inclusão educacional de pessoas com necessidades especiais. Os princípios fundamentais da Constituição de 1988, como dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade, têm a finalidade de promover a inclusão e igualdade das pessoas com deficiência. Nesse contexto é a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre *homeschooling* e o Projeto de Lei n.º 2861/2022 que demonstram esforços em equilibrar a responsabilidade educacional entre família e Estado. Em síntese, o estudo aborda a educação como direito humano e fundamental, evidencia desafios enfrentados por pessoas neuroatípicas na educação e examina medidas legais e judiciais visando à inclusão, culminando em perspectivas de uma educação verdadeiramente inclusiva e de alta qualidade.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; direitos fundamentais; educação inclusiva; pessoas com deficiência.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a educação é um direito universal assegurado pela Constituição de 1988, conforme o art. 205, é considerada um direito humano e fundamental,³ devendo ser proporcionada a todos os indivíduos em igual qualidade.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidad de Alicante - Espanha/ES (2013). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2003), Especialista em Direito Previdenciário pelo CESUSC (2007), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho - UNIDERP/LFG (2010). Advogada e Professora em Cursos de Graduação em Direito e Cursos de Especialização em Direito Previdenciário e Medicina e Segurança do trabalho. E-mail: mrduarte.adv@gmail.com

² Especialista em Política e Representação Parlamentar pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. <https://lattes.cnpq.br/4800607762264048>. E-mail: consultoria@faculdadeanasps.com.br.

³ Segundo, Ingo Wolfgang Sarlet adota-se o termo “direitos humanos” para os atos normativos internacionais e o termo “direitos fundamentais” para os direitos que tenham origem nas constituições, ou seja, os atos normativos internos dos Estados (Sarlet, 1998, p. 35).

Contudo, a realidade demonstra que as pessoas neuroatípicas são aquelas que mais sofrem com as dificuldades de aprendizagem, visto que, muitas vezes as escolas regulares não estão preparadas para ensiná-las adequadamente. Essa situação, além de desafiar o princípio da dignidade da pessoa humana, também confronta o princípio da igualdade e outros dispositivos expressos em nosso texto Constitucional, que buscam garantir tratamento equânime para todas as pessoas, respeitando suas diferenças e necessidades específicas.

Portanto, é fundamental encontrar medidas que promovam a educação inclusiva e que valorize a diversidade, assegurando que cada pessoa - independentemente de suas características ou condições - tenha acesso a educação de qualidade e adequada às suas necessidades.

A Carta Constitucional, promulgada em 1988, estabelece os fundamentos, princípios e direitos individuais que balizam a estrutura do Estado Democrático de Direito. No que concerne aos direitos das pessoas com deficiência, a Constituição, aliada a tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, contempla disposições específicas com o propósito de garantir a inclusão e a igualdade desses indivíduos perante a sociedade. Essas salvaguardas legais têm como escopo assegurar a plena cidadania e dignidade das pessoas com deficiência, visando a sua participação ativa em todas as esferas da vida social, política e econômica.

Com base nessas normativas, a sociedade brasileira se orienta por princípios de justiça social e respeito à diversidade humana, buscando construir uma estrutura inclusiva e equânime, onde barreiras sejam superadas e oportunidades sejam estendidas a todos os cidadãos, independentemente de suas condições físicas, sensoriais ou intelectuais, passando essa inclusão necessariamente pela educação.

O presente estudo analisa a relação dos princípios fundamentais do texto constitucional de 1988 e o direito fundamental à educação e da pessoa com deficiência, destacando os desafios enfrentados e as perspectivas para uma educação inclusiva e de qualidade.

1 CARACTERIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO HUMANO

No âmago das discussões sobre direitos humanos, emerge a educação como um dos pilares mais fundamentais e essenciais para o desenvolvimento individual e coletivo. Nesse contexto, este tópico se dedica a explorar de forma abrangente a natureza dual do direito à educação como um direito humano e, simultaneamente, como um direito fundamental. A

interseção dessas duas perspectivas não apenas confere à educação um status legalmente protegido, mas também sustenta sua posição como alicerce para sociedades.

No contexto educacional, a inclusão das pessoas com deficiência⁴, passa pela análise da relação entre exclusão e inclusão, bem como a análise das batalhas contra a filantropia em busca de direitos e cidadania. Esses elementos destacam a movimentação nas décadas de 70 e 80 e a participação na constituinte. A luta das pessoas com deficiência (PCD) focou em garantir direitos, superando a segregação mediante conscientização e integração na sociedade. Essas dinâmicas moldaram a trajetória das lutas e conquistas, influenciando a Constituição de 1988 (Almeida, 2019, p. 45-47).

A Carta Magna estabelece diversos dispositivos para proteger e garantir a inclusão das pessoas com deficiência, efetivar os princípios da dignidade humana, igualdade e solidariedade. O Artigo 6º assegura o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, entre outros, incluindo amparo às pessoas com deficiência. O Artigo 7º, inciso XXXI, proíbe discriminação salarial e nos critérios de admissão de trabalhadores com deficiência. O Artigo 23, inciso II, atribui a competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, incluindo proteção e garantia das pessoas com deficiência. O Artigo 203, inciso IV, destaca o objetivo da assistência social em habilitar e reabilitar pessoas com deficiência, promovendo sua integração na vida em sociedade. E, por fim, o Artigo 227, §1º, inciso II, estabelece o dever da família, sociedade e Estado em assegurar à criança e ao adolescente com deficiência o direito à convivência familiar e comunitária, em igualdade de condições com os demais. Esses dispositivos, somados a outras normas legais, têm como finalidade garantir a proteção, igualdade e inclusão das pessoas com deficiência na sociedade brasileira.

Dentre os diversos dispositivos constitucionais que visam a proteção e inclusão das PCD, o direito à educação ocupa um lugar de destaque, visto que trata-se de um dos Direitos Sociais que, por sua vez, são considerados como Direitos Fundamentais do indivíduo.⁵ Para Mccowan (2011, p. 10) o direito à educação, aliado aos princípios da dignidade humana, da

⁴ Pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com diversas barreiras, podem ter obstruída sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. O conceito está expresso no art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - Decreto Legislativo n.º 186, de 2008 - Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

⁵ Segundo, Ingo Wolfgang Sarlet adota o termo “direitos humanos” para os atos normativos internacionais e o termo “direitos humanos” para os atos normativos internacionais e o termo “direitos fundamentais” para os direitos que tenham origem nas constituições, ou seja, os atos normativos internos” (Sarlet, 1998, p. 35).

igualdade e da solidariedade, consubstancia-se em um direito universal, e desempenha um papel fundamental na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva.

Nessa linha de raciocínio, estabelece o artigo 205 da CF/88, que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” Importante ressaltar, também, que um dos princípios que norteiam o ensino no Brasil é a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” disposto no artigo 206, inciso I do texto Constitucional.

Dentro dessa esfera de direitos fundamentais garantidos ao indivíduo, há disposição específica, presente no artigo 208, inciso III, que garante o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, destacando, ainda, que tal atendimento deverá ser prestado, de preferência, na rede regular de ensino, reforçando o compromisso do Estado em promover a inclusão e garantir a plena participação dessas pessoas no ambiente escolar. Além disso, o artigo 210 da Constituição estabelece a obrigatoriedade de definir conteúdos essenciais para o ensino fundamental, garantindo uma base educacional compartilhada e o devido reconhecimento aos aspectos culturais, artísticos e identidades nacionais e regionais.

Ao observarmos o escopo de proteção trazido pelos dispositivos constitucionais supra citados às pessoas com deficiência, podemos afirmar que estas têm o direito de receber uma educação inclusiva de qualidade, em igualdade de condições com as demais pessoas, em razão das suas particularidades. Nas palavras de Ribeiro (2016, p. 64) isso envolve a exigência de eliminar obstáculos físicos, de comunicação e até mesmo atitudinais dos profissionais envolvidos na educação dessas pessoas, assegurando assim o acesso completo aos espaços educativos.

Com relação à caracterização do direito à educação enquanto direito humano, existe consenso que além da fundamentalidade, o mesmo consubstancia-se desta forma, inclusive em diversos diplomas internacionais, em especial na Declaração Universal de Direitos Humanos na qual se expressa:

Art. 26

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a

amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

O direito à educação encontra-se também positivado em outros instrumentos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se observa no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966) - Art. 13, *verbis*:

ARTIGO 13

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

§2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, visando assegurar o pleno exercício desse direito:

1. A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.
2. A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
3. A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
4. Dever-se-á fomentar e intensificar, dentro do possível, a educação de base para aquelas pessoas não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.
5. Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.
6. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos recebam educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.
7. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

Dentre outros instrumentos internacionais⁶, destacamos a Convenção de Salamanca de 1994, que enfatiza a necessidade de promover a inclusão educacional de indivíduos que apresentam necessidades educacionais especiais. O documento ressalta a relevância de

⁶ Convenção Interamericana da Guatemala para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência - Decreto n.º 3.956/2001.

assegurar um ambiente educacional que seja acolhedor, acessível e que proporcione oportunidades de aprendizagem para todos os estudantes, considerando suas diferenças e potenciais individuais.

A Declaração de Salamanca representa o resultado da Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais, tornando-se um marco internacional fundamental para a proteção dos direitos das pessoas com necessidades educacionais especiais e deficiência. Consoante Dos Santos e Teles (2012, p. 77) esse documento reúne princípios, políticas e práticas que visam a integração plena e inclusiva dessas pessoas na educação, exclamando que:

- Todas as crianças têm direito fundamental à educação e deve ser dada a oportunidade de obter e manter um nível adequado de conhecimentos;
- Cada criança tem características, interesses, capacidades e necessidades de aprendizagem que lhe são próprias;
- Os sistemas educativos devem ser projetados e os programas aplicados de modo que tenham em vista toda a gama dessas diferentes características e necessidades;
- As pessoas com necessidades educativas especiais devem ter acesso à escola regular, que deverá integrá-las numa pedagogia centrada na pessoa, capaz de atender a essas necessidades;
- As escolas regulares, com essa orientação inclusiva, constituem os meios mais eficazes de combater as atitudes discriminatórias, criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos, além de proporcionar uma educação efetiva à maioria das crianças e melhorar tanto a eficiência como a relação custo-benefício de todo o sistema educacional (Dos Santos; Teles, 2012, p. 77).

A Declaração de Salamanca trouxe novas ideias sobre as necessidades educativas especiais e diretrizes de ação no Plano Nacional, que incluem: – A política e as formas de organização; – Os aspectos escolares; – A formação do pessoal docente; – Os serviços externos que servirão de apoio; – As áreas prioritárias (educação pré-escolar, preparação para a vida adulta, educação continuada de adultos e de meninas) e – A participação da comunidade e os recursos necessários.

Com isso, a Declaração assumiu papel essencial na promoção de uma educação mais equitativa e acessível, garantindo que todos os indivíduos tenham igualdade de oportunidades e sejam valorizados em suas particularidades. Este documento se torna, no Brasil, um referencial, que sinaliza um novo momento para a Educação Especial, que passa a difundir a filosofia da Educação Integradora. Assim chamada inicialmente, a Educação Integradora recebe, mais tarde, o nome de Educação Inclusiva. Essa Declaração advoga a pedagogia centrada na criança (Dos Santos; Teles, 2012, p. 7-9).

No mesmo norte está o Decreto Legislativo n.º 186/2008 que aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo,

assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007 que visam garantir educação inclusiva ao determinar que sejam tomadas medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural.

Mister se faz destacar que consoante o disposto no parágrafo 3 do artigo 5º da CF/88, as convenções internacionais que tratem dos direitos humanos adquirirão status equivalente ao das emendas constitucionais.⁷ Bem como se faz necessário destacar que o Estado Brasileiro é obrigado a cumprir integralmente os Tratados Internacionais que ratificou. Isso ocorre porque esses instrumentos internacionais foram incorporados e tornando-se parte do ordenamento jurídico nacional. Assim, segundo Taquary (2014, p. 303/305) os compromissos assumidos pelo Brasil em âmbito internacional em relação aos direitos humanos estão em consonância com a Constituição do país e devem ser respeitados e aplicados em sua totalidade.

Em síntese, o direito à educação da pessoa com deficiência se consolida como um direito humano fundamental, respaldado por sua inclusão em diversos instrumentos internacionais e também no texto da Constituição de 1988. A presença desse direito em convenções e declarações de alcance global reflete o reconhecimento da importância da igualdade de acesso à educação para todos, independentemente de suas habilidades ou limitações.

2 A PROTEÇÃO ATRAVÉS DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

O direito fundamental à educação das PCD constitui uma área de estudo essencial que requer uma análise abrangente e profunda, estando intrinsecamente ligado à interpretação dos princípios⁸ fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade.

⁷ CF - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁸ Os princípios são, pois, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, “mandamentos de otimização” (Alexy, 2012, p. 90). Podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos, pois não é conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual (Rocha, 1990, p. 116)

Registre-se, que os dispositivos de proteção social devem ser interpretados⁹ sob o prisma dos fundamentos da República, quais sejam: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)¹⁰, da solidariedade, art. 3º, I).¹¹

Esses princípios fornecem as bases para a compreensão da importância de uma educação inclusiva e de qualidade para todos os indivíduos, independentemente de suas capacidades. Neste contexto, a intersecção entre esses princípios e o direito à educação das pessoas com deficiência desempenha um papel fundamental na construção de um ambiente educacional acessível e inclusivo. Vejamos o entendimento de Sarlet (2011, p. 73):

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto, contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O primeiro princípio a ser abordado encontra-se no artigo 1º, inciso III da Constituição de 1988. Neste ponto, dentro do contexto dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana é explicitamente consagrada como um dos pilares do Estado democrático (e social) de direito (artigo 1º, inciso III da CF). Isso estabelece de maneira inequívoca que é o Estado que se fundamenta na existência da pessoa humana e não o contrário, uma vez que o ser humano representa a finalidade primordial e não meramente um instrumento para a atividade estatal.

⁹ Luís Roberto Barroso, em sua obra “Aplicação e Interpretação da Constituição”, ressalta que: “[...] a devida interpretação constitucional assenta-se em um modelo de regras aplicáveis mediante subsunção, e que é dever do intérprete revelar o sentido destas e aplicá-las corretamente ao caso concreto. O autor ainda lembra que o entendimento jurisprudencial, produzido a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988, tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. Cumpre ainda observar os dizeres de Luís Roberto Barroso, quanto aos limites de discricionariedade do intérprete da norma jurídica: “A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados. Boa parte da produção científica da atualidade tem sido dedicada, precisamente, à contenção da discricionariedade judicial, pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesses e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções [...]” (Barroso, 2009, p. 349-350).

¹⁰ Nesse norte, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que: “[...] na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana” (Sarlet, 1988, p. 50).

¹¹ “a solidariedade social corresponde a um princípio estrutural presente em todas as constituições dos Estados Sociais formados a partir das crises resultantes das grandes guerras que pautaram a primeira metade do século XX, marcadas pelo reconhecimento constitucional de direitos sociais, especialmente aqueles relacionados à regulação do trabalho e à seguridade social. Todavia, esse princípio atualmente está presente em todos os modelos de Estado chamados ‘Estados democráticos de Direito’” (Silva apud Schwarz, 2022, p. 4-5).

Com essa premissa, de acordo com Sarlet (2011, p. 29-30) o Estado assume a função de um veículo destinado a assegurar e promover a dignidade das pessoas, tanto ao nível individual quanto coletivo.

No contexto deste estudo, os direitos das pessoas com deficiência estão intrinsecamente relacionados ao princípio da dignidade humana, por ser este o princípio basilar de nosso ordenamento jurídico pátrio e um dos fundamentos mais importantes dos direitos humanos, conforme Sarlet (2011, p. 29-30).

Na perspectiva de Pereira (2000, p. 61), a dignidade da pessoa humana é concebida como um “princípio de natureza aberta em termos semânticos e estruturais, caracterizado por uma abertura à valoração, o que resulta em sua significativa complementação por parte dos operadores jurídicos durante a interpretação e implementação das disposições legais”.

A partir do princípio da dignidade humana, surge o compromisso de eliminar qualquer forma de discriminação e estigmatização em relação às pessoas com deficiência. A igualdade de oportunidades, o acesso à educação inclusiva, o direito ao trabalho digno, a acessibilidade e a participação plena na sociedade são aspectos que ganham relevância na promoção da dignidade e dos direitos dessa parcela da população:

A dignidade da pessoa humana (independentemente, no nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção (Sarlet, 2011, p. 44).

Dessa forma podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana envolve um caráter individual, porém, traz consigo, ao mesmo tempo, uma dimensão humanitária, visto que todos os seres humanos vivem em sociedade e são portadores de dignidade. Garantir que as PCD tenham acesso aos mesmos direitos e oportunidades que as demais pessoas é primordial para reforçar a dignidade e permitir que elas exerçam sua autonomia e liberdade de forma plena. Isso inclui a disponibilidade de serviços de saúde e educação adequados, apoio para a mobilidade e a independência, além da adoção de políticas inclusivas em todas as esferas da sociedade.

De acordo com Schafer e Angelin (2018, p. 16-17) os direitos da pessoa com deficiência não são apenas uma questão de justiça social, mas também estão enraizados no princípio da dignidade humana. Ao garantir a proteção e a promoção desses direitos, reconhecemos o valor intrínseco de cada indivíduo e avançamos em direção a uma sociedade mais justa, inclusiva e respeitosa com a diversidade humana.

Examinando o artigo 5º, I da CF, o qual consagra os direitos e garantias essenciais, estabelecendo que todos os indivíduos são tratados de maneira igual perante a lei, sem considerar qualquer tipo de diferença, encontra-se o princípio da isonomia, também conhecido como igualdade.¹²

A igualdade não nega as diferenças, mas busca garantir tratamento jurídico diferenciado para grupos em situação de vulnerabilidade, promovendo a inclusão e participação plena na sociedade. Nesse contexto, para Resende (2008, p. 42) a igualdade de oportunidades configura-se como uma das interpretações do princípio em comento, sendo fundamentada na busca do nivelamento social que deve servir como base para avaliar a conformidade (ou a falta de), das discriminações em relação à constituição.

Na intenção de esclarecer as dimensões do princípio da igualdade, Silva (2007, p. 29) esclarece que a igualdade formal está ligada à paridade diante da lei, enquanto a igualdade material deriva da premissa de que, para além da ausência de discriminação arbitrária, o Estado tem a responsabilidade de fomentar oportunidades iguais. Isso implica na formulação de leis e na execução de políticas públicas voltadas a eliminar ou reduzir efetivamente as disparidades existentes.

Pereira (2016) ensina que é necessário destacar que o princípio da igualdade tem sua raiz na dignidade intrínseca de cada ser humano e que reconhecer a igualdade de todos perante a lei é reconhecer a dignidade da pessoa, independentemente de suas características individuais, incluindo a deficiência. Nesse sentido, a igualdade implica em tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente, garantindo a equiparação de oportunidades e a não discriminação das PCD.

A combinação da dignidade da pessoa humana com a igualdade resulta em um mandamento constitucional de inclusão, alinhado aos objetivos de construção de uma sociedade justa e solidária. Conforme Maia e Araújo (2021, p. 4-5) a Constituição reconhece grupos vulneráveis, como pessoas com deficiência, atribuindo-lhes direitos específicos para assegurar sua inclusão igualitária na sociedade.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

O princípio da igualdade é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito¹³, garantindo que todos os cidadãos sejam tratados de forma equânime, sem discriminação ou exclusão. No contexto dos direitos das pessoas portadoras de deficiência, o princípio da igualdade desempenha um papel crucial na busca pela inclusão através da eliminação de barreiras e acesso às oportunidades, na promoção de uma sociedade mais justa e solidária¹⁴, consoante os objetivos determinados pelo art. 3º, inciso I da Carta de 1988.

Nesse contexto, o princípio da igualdade apresenta relação também intrínseca de um dos objetivos da nossa pátria, positivado no art. 3º, I da CF/88, qual seja o princípio da solidariedade.

Por sua vez, o princípio jurídico da solidariedade/fraternidade abrange em sua essência a concepção de direitos humanos, dignidade humana, inclusão, colaboração, compartilhamento, coexistência, reciprocidade, validação, coletividade, interconexão, diversidade, coesão, equidade e valorização das distinções individuais, além de reunir no cerne os significados de equidade, dever compartilhado, progresso sustentável e bem-estar coletivo (Tavares, 2022, p. 130). Nessa esteira, Sarlet (2011, p. 50) afirma que:

[...] na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

¹³ Ademais, é imprescindível reconhecer que nossa Constituição enfatiza a concepção de um Estado democrático e social de Direito, o que se reflete claramente em diversos princípios fundamentais, especialmente nos dispositivos do art. 1º, incisos I a III, bem como no artigo 3º, incisos I, III e IV. A partir dessas considerações concisas, fica evidente a estreita ligação entre os direitos fundamentais sociais e a visão de Estado consagrada em nossa Constituição. Vale ressaltar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais são componentes essenciais que definem a identidade de nossa Carta Magna, levando alguns a defender que esses direitos sociais (bem como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo sem estarem expressamente listados nas “cláusulas pétreas” – como limitações materiais implícitas à reforma constitucional (Sarlet, 1988 p. 163-206).

¹⁴ “a solidariedade social corresponde a um princípio estrutural presente em todas as constituições dos Estados Sociais formados a partir das crises resultantes das grandes guerras que pautaram a primeira metade do século XX, marcadas pelo reconhecimento constitucional de direitos sociais, especialmente aqueles relacionados à regulação do trabalho e à seguridade social. Todavia, esse princípio atualmente está presente em todos os modelos de Estado chamados ‘Estados democráticos de Direito’” (Silva apud Schwarz, 2008, p. 4-5).

3 O ENSINO REMOTO E HÍBRIDO E A SUA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO PARA A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O acesso à educação adequada para pessoas com deficiência é uma jornada marcada por desafios substanciais, na maioria das vezes pela falta de estrutura nas escolas para atender às necessidades específicas das PCDs. Não à toa, algumas alternativas surgiram recentemente, como o *homeschooling* ou, ainda, o ensino remoto síncrono (experimentado durante a pandemia da COVID-19), oferecendo uma abordagem educacional personalizada e adaptada às particularidades dos alunos, permitindo uma pedagogia ajustada às suas habilidades e limitações.

Garantir educação inclusiva e de qualidade para todos os indivíduos com deficiência é uma prioridade inquestionável, tanto que o Supremo Tribunal Federal reconheceu há pouco tempo a viabilidade do *homeschooling*, respeitando os princípios de solidariedade entre a família e o Estado, além da necessidade de supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público.

Muito embora a decisão do STF, faz-se necessária a regulamentação legal do ensino à distância, da educação ao ensino médio, levando em consideração os objetivos educacionais e diretrizes consagrados na Constituição.

Apesar dos avanços notáveis nas esferas legislativas, tanto nacionais quanto internacionais, no que se refere à salvaguarda das pessoas com deficiência, é crucial perceber que o movimento impulsionado por essas pessoas, em sua busca por reconhecimento dos direitos humanos e pela equidade social, está firmemente ancorado em uma perspectiva identitária. Essa abordagem, apesar de sua luta contra a discriminação, não constitui o cerne da questão, mas sim parte integrante de um contexto mais amplo. A conscientização sobre essas questões se dá no âmbito cultural, embora não altere diretamente a estrutura social. A defesa da conscientização visa à inclusão dessas pessoas na sociedade, no entanto, isso pode ser ilusório, pois a segregação é mais do que uma mudança de opinião individual; ela é uma problemática subjetiva.

Para compreender a exclusão, é necessário considerar as condições sociais, políticas e econômicas a que esses indivíduos estão submetidos. Na conjuntura do sistema capitalista, a exclusão decorre de políticas assistencialistas ou sectárias, refletindo a percepção de inferioridade de produtividade. Isso serve como base para a exploração, designando os indivíduos como inferiores, sustentando um sistema político e econômico de exploração. Em

uma sociedade de classes, considerar alguém como inferior resulta em maior exploração proporcional. Portanto, o movimento das pessoas com deficiência revisita não apenas a luta por direitos, mas também a exploração subjacente que corre em um contexto de legalismo autocrático¹⁵, enfatizando os direitos humanos e a dimensão das lutas sociais (Almeida, 2019, p. 51-53).

Nesse cenário, as políticas aludidas têm o potencial de perpetuar um sentimento de subalternidade e restringir as chances de plena participação na sociedade, engendrando um sistema de exploração que marginaliza e prejudica esses indivíduos por meio da atribuição de uma posição inferior. Diante disso, o movimento das pessoas com deficiência não apenas aborda a busca por direitos e integração, mas também evidencia a exploração subjacente que se manifesta em um contexto caracterizado pelo uso autocrático e restritivo do sistema legal. Esse enfoque realça a relevância dos direitos humanos e das lutas sociais como instrumentos cruciais para enfrentar essa dinâmica complexa e desafiadora.

A carência de apoio em sala de aula pode resultar em dificuldades de aprendizado, enquanto a falta de preparo de parte dos educadores e instituições escolares pode acarretar preconceito, afetando a autoestima e o interesse dos alunos pela educação. Esse cenário deu origem a escolas especializadas como alternativas inclusivas, dado o desafio da inclusão nas escolas regulares. Entretanto, essas instituições também podem encontrar dificuldades em se adaptar às necessidades individuais dos alunos, culminando em casos de discriminação.

Garantir educação inclusiva e de qualidade para todas as pessoas com deficiência é crucial, exigindo investimentos em formação e recursos para criar ambientes educacionais acessíveis e acolhedores, enriquecendo a experiência de aprendizado e promovendo uma sociedade mais igualitária e diversificada.

Nesse sentido, é o conteúdo proposto pelo Projeto de Lei n.º 2861/2022¹⁶ que propõe alterações nas Leis n.º 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e n.º 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), além de estabelecer a Política Nacional de Acessibilidade Educacional. O projeto reconhece a educação a distância como uma ferramenta que, por meio de aulas síncronas e apoio especializado, busca combinar a proximidade do educador, semelhante ao ensino presencial, com a conveniência, conforto e

¹⁵ No contexto delineado, a expressão “legalismo autocrático” é empregada para caracterizar um ambiente permeado por práticas governamentais de natureza autoritária e restritiva, onde o sistema legal é aplicado de maneira inflexível e rigorosa. Sob esta perspectiva, podem ser implementadas regras e normativas que, embora alinhadas com as premissas legais, se desdobram de forma opressiva ou discriminatória, resultando em adversidades para os direitos e a inclusão das pessoas com deficiência.

¹⁶ Autor - Gilberto Nascimento - PSC/SP - Apresentação 24/11/2022.

segurança necessários para uma inclusão respeitosa das individualidades dos estudantes. Especialmente para crianças autistas, que podem enfrentar desafios na fala, interação social e comportamento, uma abordagem híbrida que integra recursos da educação a distância com momentos presenciais pode facilitar uma inserção gradual e eficaz no convívio social e no desenvolvimento cognitivo. Portanto, o projeto visa a adaptar a legislação educacional para atender às necessidades de estudantes com deficiência e/ou transtornos do neurodesenvolvimento, visando a ampliar suas oportunidades de aprendizado e promover a inclusão social.

Como visto anteriormente, o STF já reconheceu a viabilidade do *homeschooling*, algo menos específico do que versa o PL 2861/2022. No exame dessa questão, na ADI de n.º 5.357/DF, da qual o Ministro Edson Fachin foi o relator, a Suprema Corte sublinhou que a interação com indivíduos que possuem necessidades especiais é de suma importância para nutrir a formação de cidadãos mais empáticos e colaborativos, habilitando-os a compreender e atender às exigências de grupos diversos, inclusive em âmbitos profissionais. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência fortalece essa noção de inclusão no sistema educacional, ao estabelecer diretrizes que asseguram a coexistência e a educação inclusiva. Essas diretrizes atuam como um complemento aos princípios fundamentais estabelecidos na constituição:

Somente com a convivência é possível ao ser humano se colocar no lugar do outro, perceber suas virtudes e seus problemas, e desenvolver o senso de solidariedade. A convivência com a diferença formará cidadãos melhores e, conseqüentemente, profissionais melhores; é muito provável que um profissional, por exemplo, da Engenharia, que tenha convivido desde os bancos escolares com colegas com deficiência, faça um projeto de edificação que contemple a acessibilidade para todos, do que tal projeto seja elaborado por alguém que não teve a oportunidade de conviver com a diferença. Evidentemente os cursos de engenharia irão apontar a obrigatoriedade da observância das normas de acessibilidade em edificações, e que tais profissionais terão o conhecimento de tal questão; mas a convivência com as pessoas com deficiência torna natural no profissional a observância de tais regras, independentemente do que está nos manuais, que servirão apenas para determinar as técnicas a serem seguidas, e não a percepção do problema. O voto do Ministro Edson Fachin, na relatoria da ADI 5357/DF, é claro no sentido de que não se pode entender o problema da inclusão da pessoa com deficiência como sendo um benefício apenas para o grupo; mas o benefício é para todos, pois permite um convívio plural, com grupos diferentes, propiciando relacionamentos de vários níveis e qualidades (Maia; Araújo, 2021, p. 8-9).

Assim, no acórdão da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu de forma explícita que somente por meio da convivência com a diversidade e sua aceitação essencial é possível edificar uma sociedade que seja

verdadeiramente livre, justa e solidária, onde o bem de todos seja fomentado sem qualquer preconceito relacionado a origem, raça, gênero, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (Art. 32, 1 e IV, CRFB).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, por meio do julgamento mencionado, a existência do direito à convivência escolar das pessoas com deficiência com as demais, com vantagens mútuas. A decisão do egrégio tribunal estabeleceu diretrizes claras para compreender o direito à educação e inclusão das pessoas com deficiência no contexto da Constituição Brasileira.

Desta forma, segundo a decisão proferida pelo egrégio tribunal, o Congresso Nacional detém a prerrogativa de legislar sobre o ensino remoto, porém, é imperativo que essa regulamentação esteja em consonância com os parâmetros estabelecidos pela decisão proferida na ADI 5357/DF. Conforme delineado pela decisão do STF, a regulamentação do ensino a distância deve assegurar o direito à convivência com a diversidade e ao convívio social, permitindo que os educandos tenham interações com pessoas de diferentes origens e características. É fundamental salientar que a decisão ressalta a inconstitucionalidade da reclusão do educando sem a possibilidade de convívio com a diferença. Diante disso, os legisladores incumbidos de tomar decisões legislativas sobre o ensino remoto devem atentamente considerar esses parâmetros, a fim de garantir o pleno desenvolvimento educacional e a inclusão social dos educandos (Maia; Araújo, 2021, p. 12-14).

Nesse contexto, o Projeto de Lei n.º 2861/2022 assume um papel de destaque, alinhando-se às diretrizes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O projeto propõe alterações cruciais nas Leis n.º 9.394/1996 e n.º 13.146/2015, além de introduzir a Política Nacional de Acessibilidade Educacional. Ao reconhecer a educação a distância como uma ferramenta valiosa, que mescla aulas síncronas e apoio especializado, o projeto visa criar um ambiente educacional que combine a proximidade do ensino presencial com a conveniência e conforto necessários para respeitar as individualidades dos alunos. Especialmente para crianças autistas, esse modelo híbrido de educação pode facilitar uma inserção gradual e efetiva na convivência social e no desenvolvimento cognitivo. Ao propor uma abordagem que harmoniza o presencial com o virtual, o projeto encontra ressonância com a visão do STF, que defende a importância da convivência e da interação entre indivíduos com diferentes necessidades. Ao promover um modelo inclusivo e adaptável, o projeto de lei segue na direção apontada pela Suprema Corte, contribuindo para uma educação que respeita a diversidade, no intuito de construir uma sociedade pautada na inclusão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que a interpretação dos direitos das pessoas com deficiência deve ser guiada pelos princípios fundamentais da dignidade humana, igualdade e solidariedade. Ao aplicar o princípio da dignidade humana a esses direitos, busca-se garantir o reconhecimento e respeito às suas necessidades e potenciais, permitindo uma vida participativa na sociedade. A igualdade visa equiparar direitos e oportunidades para todos, considerando cada indivíduo como portador de dignidade e valor. Paralelamente, a solidariedade enfatiza o apoio mútuo, especialmente para aqueles em situações desvantajosas. Esses princípios operam juntos para construir uma sociedade mais justa, inclusiva e compassiva, consoante a Carta Cidadã.

Tendo em vista a Declaração de Salamanca, que constitui um marco significativo na busca por uma educação inclusiva, que visa garantir a participação plena e efetiva de todas as pessoas na sociedade, promovendo a igualdade de oportunidades e a valorização da diversidade humana.

Analisando a recente decisão do STF abordada neste estudo, bem como o Projeto de Lei 2861/2022, emerge a compreensão de que a ausência da alternativa do ensino a distância ameaça seriamente a efetivação dos princípios fundamentais da dignidade humana, igualdade e solidariedade para as pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ALMEIDA, Késia Pontes de *et al.* **Do assistencialismo à luta por direitos**: as pessoas com deficiência e sua atuação no processo de construção do texto constitucional de 1988. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/27109>. Acesso em: 09 ago. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.
- BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001**. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.
- CORREIA, Maria Angela Monteiro. **Marcos históricos internacionais da Educação Especial até o século XX**. Disponível em: <http://www.unirio.br/cch/escoladeturismologia/pasta-virtuais-de-docentes/maria-angela-monteiro-correa/educacao-especial-textos-da-disciplina/aula-5>. Acesso em: 09 ago. 2023.
- DOS SANTOS, Alex Reis; TELES, Margarida Maria. **Declaração de Salamanca e Educação Inclusiva**. Sergipe: Universidade Tiradentes, 2012. Disponível em: <http://geces.com.br/simposio/anais/anais-2012/Anais-077-087.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2023.
- MAIA, M.; ARAUJO, L. A. D. O homeschooling e o direito à convivência: limites à atuação do Poder Legislativo. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 15, n. 44, 2021. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/821>. Acesso em: 02 ago. 2023.
- MCCOWAN, Tristan. O direito universal à educação: silêncios, riscos e possibilidades. **Práxis Educativa**, v. 6, n. 1, 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/894/89419159002.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2023.
- MRECH, Leny Magalhães. O que é educação inclusiva. **Revista Integração**, v. 10, n. 20, 1998. Disponível em: <http://www.luzimarteixeira.com.br/wp-content/uploads/2010/10/1-o-que-e-educacao-inclusiva.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.
- PEREIRA, Edilsom Farias. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- PEREIRA, Renata Vilaça; LELIS, Henrique Rodrigues. Igualdade e dignidade humana das pessoas portadoras de deficiência: reflexos da nova lei de inclusão – Lei 13.146/2015 – no âmbito da saúde. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 2, n. 1,

2016. Disponível em: [p://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2016.v2i1.779](https://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2016.v2i1.779)
Acesso em: 10 ago. 2023.

RESENDE, Ana Paula Crosara de. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada**. 2008. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-digital/convencao-direitos-pessoas-deficiencia-comentada.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2023.

RIBEIRO, Disneylândia Maria. **Barreiras atitudinais: obstáculos e desafios à inclusão de estudantes com deficiência no ensino superior**. 2016. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/17579>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 2, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/viewFile/16752/11139>. Acesso em: 20 ago. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 20, 1988.

SCHÄFER LUCCA, L. M.; ANGELIN, R. Dignidade da Pessoa Humana e Inclusão de Pessoas com Deficiência no Ensino Superior: Avanços e Desafios a Partir da Constituição Federal de 1988. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, [S.l.], n. 6, 2018. **Anais [...]**. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/1241>. Acesso em: 20 ago. 2023.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Direitos a prestações positivas e igualdade: a deficiência em perspectiva constitucional**. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio constitucional da solidariedade. **Revista CEJ**, v. 20, n. 68, 2016.

TAQUARY, E. O. de B. Pacta Sunt Servanda: A Influência da Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisdição Doméstica Brasileira no Caso de Damião Ximenes. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, [S.l.], v. 2, n. 4, p. 301-338, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2014.4.301-338>. Acesso em: 20 ago. 2023.

TAVARES, Thiago Passos *et al.* O princípio jurídico da fraternidade nas Constituições brasileira e italiana: um estudo comparado de divergências e convergências substanciais. E-

Civitas, v. 15, n. 1, 2022. Disponível em: <https://unibh.emnuvens.com.br/dcjpg/index>. Acesso em: 09 ago. 2023.

CULTURA, JUSTIÇA, CONSTITUIÇÃO E OS DESAFIOS DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Alessandra Almeida Santana¹

Guilherme Baggio Costa²

RESUMO: A presente investigação possui como pergunta de pesquisa a seguinte inquietação: como pensar os desafios da efetivação dos direitos culturais e da elaboração de uma perspectiva crítica do ensino jurídico no Brasil? O trabalho se caracteriza metodologicamente como uma pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica e se desenvolve pelo método hipotético-dedutivo. A pesquisa objetiva refletir a cultura como direito e os impasses estruturais que determinam o ensino jurídico brasileiro. O estudo inicialmente analisa a relação entre justiça, direito e cultura à luz da Constituição federal de 1988 pela perspectiva dos direitos culturais como mecanismo de promoção da justiça social. Em seguida, este artigo se cumpre à tarefa de destacar os elementos constituintes da cultura do ensino jurídico no Brasil, como um projeto político. A hipótese perseguida demonstra a necessidade de perceber a cultura como um projeto de cidadania e de promoção de direitos. Entretanto, aponta-se as limitações do direito e do Estado em materializar a libertação das opressões sociais, tornando a decolonização acadêmica um dos caminhos possíveis para pensar novos contornos de uma educação jurídica, fundadora de uma cultura emancipadora. A pesquisa possui como resultado a urgência de construir uma nova cultura jurídica que rompa com a mera reprodução do pensamento europeu e estadunidense, desenhando, portanto, um novo paradigma jurídico e cultural, construído a partir da singularidade histórica, social e econômica do Brasil, enquanto país do capitalismo periférico.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional; pensamento crítico; ensino jurídico; direitos culturais.

INTRODUÇÃO

A pesquisa possui como objetos de investigação a cultura e o ensino do direito no Brasil. Por meio da metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e método hipotético-dedutivo, busca-se responder ao problema de pesquisa, qual seja: como pensar os desafios da efetivação dos direitos culturais e da elaboração de uma perspectiva crítica do ensino jurídico no Brasil? Para responder ao problema de pesquisa, desenha-se o objetivo geral de refletir a cultura como um direito constitucional e os problemas que atravessam o ensino jurídico brasileiro.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2680366416565026>. E-mail: aleessa@outlook.com.br.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC). Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/7473250407347470>. E-mail: guilhermebaggiocosta@hotmail.com.

Com isso, delimitam-se dois caminhos investigativos, o primeiro deles é demonstrar as relações entre a justiça, o direito e a cultura como um projeto à luz da Constituição federal de 1988. As categorias citadas são conectadas pela perspectiva do direito à cultura, situada em uma ordem constitucional da cultura, ou seja, um conjunto de normas que dispõe sobre os direitos culturais que devem ser efetivados por políticas públicas em caráter de Estado com a finalidade de fomentar e proteger os bens culturais. Na Constituição, verifica-se a valorização dos regionalismos, da diversidade étnica e cultural na Constituição, a cultura como direito fundamental de segunda geração, visualizada como bem, valor, status de desenvolvimento social e patrimônio do povo brasileiro. Além disso, compreende-se os direitos culturais como ferramenta de promoção da cidadania, visualiza-se o cidadão como sujeito político e cultural capaz de produzir a cultura na comunidade, em contraponto ao individualismo e a destruição do setor cultural promovidos pelo neoliberalismo.

A educação e a cultura têm papel determinante na formação dos sujeitos, nesse sentido, o segundo caminho visa a analisar os desafios do ensino jurídico no Brasil, que promove a profunda crise jurídica que o país enfrenta. A pesquisa aponta para a íntima relação entre a construção normativa do direito e o sistema econômico capitalista e como essa natureza capitalista do direito se manifesta também na cultura do ensino jurídico. Nesta sociedade, a universidade se limita à construção de meros operadores do direito, a partir de teorias estrangeiras e alheias às especificidades do Brasil, enquanto país que ocupa posição de dependência no capitalismo global.

O trabalho se justifica porque apresenta o entendimento da Constituição federal de 1988 sobre a cultura e a possibilidade de pensá-la como projeto político capaz de mudar a sociedade conforme as reivindicações dos cidadãos na busca pela justiça social. Porém, pelo pensamento crítico é possível desenvolver novos horizontes de luta que denunciem os limites institucionais do direito e do Estado na promoção da igualdade e no enfrentamento das violências estruturais. O trabalho contribui em tencionar o direito e o ensino jurídico para além do texto constitucional, pois volta-se para a desigualdade materialmente presente na sociedade brasileira.

1 DIREITO, JUSTIÇA E CULTURA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A justiça, o direito e a cultura se conectam na Constituição federal de 1988, na medida em que se fala dos direitos culturais. Poder-se-ia entender o direito como cultura e o direito à

cultura. Neste trabalho, foca-se na última perspectiva, ou seja, na pergunta de como materializar a cultura pelo direito ou entender o direito como projeto cultural. A tarefa citada envolve compreender o direito e a cultura como uma questão de justiça social, plasmada na Constituição brasileira.

A cultura constitui um direito fundamental de segunda geração, representa uma ordem de valores inserida em uma unidade de ordenação valorativa com congruência fundamental baseada em princípios que animam a Constituição (Bonavides, 2004, p. 564-568). Aos direitos fundamentais estão relacionados os direitos com posições básicas das pessoas, são direitos que vigem em uma ordem jurídica concreta, inscritos em diplomas normativos de cada Estado, garantidos e limitados no espaço e no tempo e consagrados pelo Estado (Mendes; Branco, 2018, p. 215). Entre os direitos culturais reconhecidos na Constituição de 1988 estão:

(a) direito de criação cultural, compreendidas as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais; (j) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público (Silva, 2016, p. 317-318).

A cultura está inserida na ordem constitucional como relevante para a promoção da cidadania. Nesse sentido, a importância da cultura possui dimensão ampla, pois envolve não apenas o aspecto das artes, mas sim, engloba segundo Silva (2016, p. 315), a educação do povo, “expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Por isso, fala-se em Constituição cultural ou ordem constitucional da cultura, conceituada como um “conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura” (Silva, 2016, p. 853). Para Canotilho (2003, p. 349), a Constituição cultural se refere a um conjunto de normas constitucionais sobre o direito à cultura e à educação, bem como ao direito ao ensino e ao desporto.

Baseada nos princípios da igualdade de oportunidades e no da universalidade, a cultura é entendida como um direito garantido para todos (Silva, 2016, p. 317). Por isso, considera-se a cultura como conectada ao princípio da democracia econômica e social, isso significa que a cultura não se limita às condições objetivas para a dignidade humana, mas também envolve a existência digna de uma expressão cultural, ou seja, a democracia cultural é inseparável das

prestações materiais. Cabe às instituições democráticas do ensino e da cultura se tornarem mecanismos de direção na conformação do progresso social e da participação democrática para a promoção da cultura, pois a “*igualdade de oportunidades, participação, individualização e emancipação*, são componentes do” direito cultural “e dimensões concretas implícitas no princípio da *democracia cultural*” (Canotilho, 2003, p. 349).

A Constituição trabalha a cultura por duas perspectivas principais: o fomento e a proteção. O fomento alcança todo o bem simbólico relacionado à identidade cultural do povo brasileiro, e a proteção objetiva combater qualquer desregulamentação ou descaracterização da cultura nacional (Pereira, 2008, p. 1). Segundo Pereira (2008, p. 2), a cultura pode ser analisada a partir da Constituição como “bem, patrimônio, valor, ação, produto, status de desenvolvimento social, e até mesmo sendo homologada às ideias de idoneidade moral e etnia”. As disposições constitucionais sobre a cultura estão situadas no título VIII, intitulado “Da ordem social”, mais especificamente no capítulo III, seção II e envolvem os artigos 215 até 216-A da Constituição federal de 1988. A Carta Cidadã trabalha a cultura no capítulo citado, no qual, estabelece funções para o Estado cumprir o pleno exercício dos direitos culturais dos seus cidadãos. A cultura é um bem a ser protegido, de competência comum³ da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e que devem proteger e impedir a destruição dos bens culturais e proporcionar os meios de acesso à cultura (Brasil, 1988, art. 23).

O artigo 215 dispõe que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (Brasil, 1988, art. 215). Percebe-se a preocupação do constituinte com a diversidade étnica e cultural ao no parágrafo primeiro do citado artigo, a Constituição defender que o Estado deva proteger manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos que tenham participado do processo civilizatório. O parágrafo segundo sustenta que “a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”, aqui incluem-se os feriados religiosos, segundo Moraes (2007, p. 43). A Emenda Constitucional n. 48 de 2005 incluiu um terceiro parágrafo sobre o Plano Nacional de Cultura, que estabelecido por lei, o plano possui duração plurianual e possui como objetivo o desenvolvimento cultural e a integração das ações do poder público, com a finalidade de: defender e valorizar o patrimônio cultural brasileiro; produzir,

³ A cultura é de competência comum, cumulativa ou paralela, isto quer dizer que “a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra, que pode assim pode ser exercida cumulativamente” (Silva, 2016, p. 485).

promover e difundir bens culturais; formar pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratizar o acesso aos bens de cultura; e valorizar a diversidade étnica e regional (Brasil, 1988, art. 215).

A cultura foi considerada como patrimônio pela primeira vez na Constituição federal de 1988, como um conjunto de bens, inclusive com valor econômico determinado, ou seja, como conjunto de direitos e obrigações passíveis de aferição monetária objetiva (Pereira, p. 3-6). A inserção do termo patrimônio cultural na Constituição pode ser observada no art. 5º, inciso LXXIII da Constituição. Acrescenta-se o art. 216 que caracteriza o patrimônio cultural brasileiro como de natureza material e imaterial, relacionados à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores do Brasil (Brasil, 1988, art. 216).

No parágrafo primeiro do artigo 216 se defende que cabe ao poder público em colaboração com a comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, o citado artigo estabelece alguns mecanismos para essa proteção, como os inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação (Brasil, 1988, art. 216). O parágrafo segundo dispõe que “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (Brasil, 1988, art. 216). O parágrafo terceiro estabelece incentivos para produção cultural e o parágrafo quarto que os danos e as ameaças ao patrimônio cultural serão punidos na forma da lei. O parágrafo quinto dispõe sobre o tombamento de todos os documentos e os sítios que possuem reminiscências históricas dos antigos quilombos. O parágrafo sexto dispõe sobre o fundo estadual de fomento à cultura para financiamento de programas e projetos culturais (Brasil, 1988, art. 216).

O artigo 216-A, incluído pela Emenda Constitucional n. 71 de 2012, estabelece o Sistema Nacional de Cultura, importante mecanismo de gestão e promoção de políticas públicas de cultura entre os entes da Federação e a sociedade. O Sistema Nacional de Cultura se desenvolve pela perspectiva democrática, demarcada pela participação, colaboração e descentralização com a finalidade de promover desenvolvimento humano, social e econômico com os direitos culturais. Segundo o parágrafo primeiro do art. 216-A, o Sistema Nacional de Cultura se fundamenta pela política nacional de cultural e diretrizes do Plano Nacional de Cultura, sendo regido por diversos princípios, como os: da diversidade das expressões culturais; da universalização do acesso aos bens e serviços culturais; do fomento para a produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; da cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados do setor cultural; da integração e interação na execução de políticas,

programas, projetos e ações; da complementaridade nos papéis dos agentes culturais; da transversalidade das políticas culturais; da autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; da transparência e compartilhamento das informações; da democratização dos processos decisórios com participação e controle social; da descentralização articulada e pactuada da gestão dos recursos e das ações; da ampliação progressiva dos recursos obtidos nos orçamentos públicos para a cultura (Brasil, 1988, art. 216-A).

O parágrafo segundo do art. 216-A trata sobre a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, conforme os respectivos entes federativos, sendo constituído pelos: órgãos gestores da cultura; conselhos de política cultural; conferências de cultura; comissões intergestores; planos de cultura; sistemas de financiamento; sistemas de informações e indicadores culturais; programas de formação na área cultural; e os sistemas setoriais de cultura. O parágrafo terceiro do mesmo artigo afirma que lei federal é responsável pela regulamentação do Sistema Nacional de Cultura e pela articulação com os outros sistemas nacionais e política setoriais de governo. E o parágrafo quarto dispõe que os entes federativos são os responsáveis pelos seus respectivos sistemas de cultura com legislações próprias (Brasil, 1988, art. 216-A).

A cultura na Constituição está conectada também a noção de desenvolvimento, como afirma o art. 219 ao dispor que o mercado interno integra o patrimônio nacional e é incentivado com a finalidade de viabilizar o desenvolvimento cultural do país (Brasil, 1988, art. 219). A promoção da diversidade cultural e étnica é defendida pela Carta Constitucional, pois no art. 242, parágrafo primeiro, dispõe que “o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro” (Brasil, 1988, art. 242). Conceitua-se a cultura por uma visão universalista, como “o conjunto de técnicas de produção, doutrinas e atos, passível de apreensão pela convivência ou ensino” e como “toda forma humana de estar no mundo, todo modo de existência, transmitido de uma geração a(s) outra(s), constitui cultura” (Pereira, 2008, p. 9). A ideia de cultura também se conecta a noção de povo, considera a diversidade dos modos de vivência formadores do Brasil na história, como coletividade da cultura nacional (Pereira, 2008, p. 9-10).

Observa-se a preocupação do legislador pátrio com a diversidade étnica e cultural do Brasil e com o importante papel do Estado para a promoção de uma sólida política cultural como projeto de país. Além disso, verifica-se que a cultura se relaciona com a educação e com as múltiplas religiões e credos. A cultura envolve a construção de uma identidade nacional plural como um valor consagrado pela Constituição, a exemplo das músicas, comidas,

literaturas, esculturas, artes populares e folclóricas etc., nota-se a relevância de preservar a diversidade cultural marcada pelo regionalismo do país.

Para evidenciar o caráter de justiça social que a cultura como projeto cultural deve representar, em um espaço de materialização de direitos, cita-se como exemplo a proposta de política cultural elaborada por Chauí (1995, p. 80-81), na sua administração como secretária municipal da cultura da cidade de São Paulo – SP de 1989 até 1992. A filósofa e secretária municipal da cultura pensou na criação de políticas públicas com o objetivo de tornar a cultura uma ferramenta de efetivação de direitos, de desenvolvimento de uma política cultural capaz de “suscitar nos indivíduos, grupos e classes a percepção de que são sujeitos sociais e políticos”. A proposta tratou a cultura como direito dos cidadãos e a política como cidadania cultural, com a finalidade de promover uma nova cultura política.

O projeto cultural defendido por Chauí (1995, p. 83-84), envolvia “a perspectiva da democratização da cultura como direito à fruição, à experimentação, à informação, à memória e à participação”. Os programas culturais englobavam a formação, com escolas, oficinas, seminários e cursos; a informação com a construção de bibliotecas, discotecas, arquivos históricos, teatros, museus, cinema; a promoção da reflexão crítica por meio da memória oral, social e política. Além disso, o fornecimento de lazer e solidariedade social através de eventos de música e dança.

O direito à cultura envolve o acesso aos bens culturais com ampliação de espaços como bibliotecas, videotecas, discotecas, escolas de arte, centros culturais, museus nas margens da cidade. Consequentemente, fomentam-se atividades artístico-culturais nas comunidades com os movimentos sociais e populares. O direito como projeto cultural significa maior participação social nas discussões sobre o desenvolvimento de programas de política cultural e nos orçamentos públicos de cultura por meio de conselhos, fóruns e conferências (Chauí, 1995, p. 84).

Para Chauí (1995, p. 81-82), a cultura deve ser compreendida em um sentido antropológico de maior invenção coletiva de valores, símbolos e ideias para afirmar os cidadãos e grupos como seres e sujeitos culturais. A liberdade de expressão cultural é protegida pela Constituição, o que possui um significado político e jurídico fundamental para a cidadania, pois “aí se manifesta a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites”, o que simboliza “uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida do ser humano” (Silva, 2016, p. 257).

O Estado não deve ser produtor de cultura, mas sim, deve estimular a criação cultural da sociedade em uma dimensão pública da cultura. Nesse sentido, defende-se o caráter público do Estado com a definição do poder público tanto na prestação de serviços culturais como no fomento de produções culturais (Chauí, 1995, p. 82). A comunidade cultural possui um papel político relevante para a formação democrática, plural e autônoma de órgãos de representação da cultura submetidos às leis. A cultura deve ser promovida de maneira autônoma, ou seja, o poder de edição, fiscalização e execução das normas que dispõe sobre os direitos culturais, com o reconhecimento do Estado, deve ser autônomo para o desenvolvimento humano e o florescimento dos valores democráticos (Cunha Filho, 2004, p. 15).

A cultura para o direito representa “a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie [...]” (Cunha Filho, 2004, p. 53-54). O direito como projeto cultural perpassa pela afirmação de direitos consagrados constitucionalmente que podem ser identificados como direito de acesso e de fruição dos bens culturais por meio dos serviços públicos, o direito à criação cultural, o direito ao reconhecimento dos indivíduos e grupos como sujeitos culturais e o direito à participação nas decisões públicas sobre a política cultural. Chauí (1995, p. 82-83) descreve cada direito citado da seguinte maneira:

Direito de acesso e de fruição dos bens culturais por meio dos serviços públicos de cultura (bibliotecas, arquivos históricos, escolas de arte, cursos, oficinas, seminários, gratuidade dos espetáculos teatrais e cinematográficos, gratuidade das exposições de artes plásticas, publicação de livros e revistas etc.), enfatizando o direito à informação, sem a qual não há vida democrática; [...] Direito à criação cultural, entendendo a cultura como trabalho da sensibilidade e da imaginação na criação das obras de arte e como trabalho da inteligência e da reflexão na criação das obras de pensamento; como trabalho da memória individual e social na criação de temporalidades diferenciadas nas quais indivíduos, grupos e classes sociais possam reconhecer-se como sujeitos de sua própria história e, portanto, como sujeitos culturais. [...] Direito a reconhecer-se como sujeito cultural, graças à ampliação do sentido da cultura, criando para isso espaços informais de encontro para discussões, troca de experiências, apropriação de conhecimentos artísticos e técnicos para assegurar a autonomia dos sujeitos culturais, exposição de trabalhos ligados aos movimentos sociais e populares. [...] Direito à participação nas decisões públicas sobre a cultura, por meio de conselhos e fóruns deliberativos nos quais as associações artísticas e intelectuais, os grupos criadores de cultura e os movimentos sociais, através de representantes eleitos, pudessem garantir uma política cultural distanciada dos padrões do clientelismo e da tutela (Chauí, 1995, p. 82-83).

Atualmente, com o processo de fortalecimento do setor privado pelo neoliberalismo, a política cultural é desmantelada, ocorrem privatizações e terceirizações do setor cultural, os direitos culturais tornam-se mera expectativa no texto constitucional, sem materialização na sociedade, e os cidadãos são visualizados como sujeitos do mercado. Promove-se o

individualismo meritocrático nas relações sociais, sem perspectiva na conscientização pela luta ao direito como projeto cultural de cidadania, de um ambiente democrático, de participação social nas decisões políticas e de justiça social (Feijó, 2017, p. 45-70). A efetivação dos direitos culturais pode fornecer um exercício crítico de cidadania para a construção de uma nova cultura política, baseada na desconstrução da sociedade brasileira que é hierárquica, autoritária e violenta (Chauí, 1995, p. 73-78). Contudo, deve-se pensar nos limites institucionais do direito e da política determinados pelo modo de produção capitalista, haja vista que historicamente tanto o direito quanto o Estado foram e são utilizados para perpetuar a lógica do capital, consequentemente, promove-se exploração, violência e marginalização.

2 DESAFIOS DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Compreendido o arcabouço normativo acerca da cultura e da justiça, nos termos dos textos constitucionais destacados em linhas pretéritas, passa-se agora à análise da vida material. Na realidade concreta, as garantias constitucionais não somente são ineficazes, mas a própria cultura jurídica promove cotidianamente diversas violências e violações de direitos. Nesse sentido o que se pretende demonstrar neste tópico é que a crise jurídica (lê-se supressão e violação de direitos constitucionais) é produto da crise do ensino jurídico.

O Estado, o direito, a educação e a cultura são instituições que estão intrinsicamente relacionadas entre si e são históricas, como demonstra Hegel em *Princípios da Filosofia do Direito*, ou seja, as instituições são expressões da práxis humana e, portanto, das contradições da sociedade em seu tempo histórico. Pensar o Estado e o direito implica necessariamente em pensar a atual sociedade capitalista que se fundamenta na expropriação, por uma minoria, dos meios de produção da maioria, na mercantilização contínua da vida e na exploração da força de trabalho. O Estado e o direito, como concebidos na atualidade, são produtos desta sociedade.

No mundo contemporâneo, há que se observar a intrínseca relação da ordem capitalista com a construção normativa do direito e suas decorrentes formas estado e política. “A forma jurídica, em sua forma desenvolvida, corresponde precisamente a relações sociais burguesas-capitalistas” (Pachukanis, 1988, p. 36). As relações entre as instituições e o modo de produção desta sociedade, demonstra que se vive uma democracia burguesa e uma política econômica, de tal modo que o direito, a justiça, a cultura, a política, são braços de uma ordem econômica que almeja manter esse estado de coisas.

Nesta sociedade, se humaniza ou desumaniza o outro através de decisões políticas. A exceção se tornou estratégia sob o fundamento de emergência econômica. Na sociedade civil burguesa, o poder econômico, que detém o poder ideológico, promove incessantemente a alienação do sujeito para a manutenção da ordem, que é a lei das leis. Nesse contexto, há uma disputa do senso comum e o indivíduo se transforma em sujeito da ideologia (Althusser, 2022, p. 104), ou seja, sujeito da representação imaginária das condições materiais de existência. Aqui, a educação e a cultura têm papel fundamental na formação dos sujeitos.

A universidade é o celeiro da formação da elite de qualquer país do mundo, que ensina uma instrumentalidade em favor do capital (Falcão, 2009, p. 62), pelo que é possível compreender a formação do ensino jurídico como um instrumento da política liberal, que não forma seres pensantes e críticos, mas indivíduos que irão servir ao mercado e não à ruptura dos paradigmas sociais segregadores, opressores, que visam interesses de uma minoria em detrimento da exploração de uma maioria. A universidade é espaço de conflitos e de resistência, mas o que a realidade demonstra, é que a educação não só não é a solução, como é parte integrante do problema e ajuda a encobrir a desigualdade profunda que existe no Brasil. Nesse sentido, Vieira (2023, p. 134) apresenta em seus estudos que:

O sistema escolar privilegiaria as famílias de estratos sociais mais elevados, que empregam os seus recursos (econômicos, culturais e sociais) em estratégias para garantir a transmissão de status para os filhos. Diversos estudos têm documentado como os graduados oriundos dessas famílias beneficiam-se não apenas da frequência a cursos e instituições socialmente valorizadas, mas dos recursos parentais para acessarem as posições mais vantajosas também no mercado de trabalho (Vieira, 2023, p. 134).

Diante disto, é urgente que se saliente um pensamento crítico acerca do ensino jurídico para perceber e buscar transformar o estado das coisas. O educador crítico compreende que esta ordem reproduz o mundo que se quer mudar e, portanto, ele denuncia, altera as formas e as suas práticas e, muitas vezes, neste campo educacional de conflito, este educador sofre terríveis consequências, “não é casual que no primeiro Ato Institucional da ditadura, o Ato Institucional Nº 1, três grandes educadores foram afastados: Darcy Ribeiro, Anísio Teixeira e Paulo Freire” (Leher, 2017, p. 150).

Atualmente, as metodologias de ensino e pesquisa do direito têm como prioridade o mínimo de formação para que o indivíduo se torne força produtiva, meros operadores do direito. É nesse sentido que “a crise do ensino jurídico transcende a qualidade dos que o professam e tem raízes mais profundas em problemas da nossa cultura e em transformações da sociedade”

(Ghirardi, 2022, p. 75), pelo que se justifica a necessidade de uma reformular a universidade em direção àquele que deveria ser o seu papel: oportunizar as pessoas. O professor José Eduardo Faria assevera:

[...] as dificuldades hoje enfrentadas pelos cursos jurídicos nacionais não devem ser vistas exclusivamente como simples desajustes institucionais nem, muito menos, como problemas meramente corporativos. Subjacente a essas dificuldades encontra-se uma controvérsia ainda mais ampla sobre uma concepção de direito e de justiça, sobre um modelo de ordem econômica e política e sobre um paradigma de relações sociais e de cultura (Faria, 1986, p. 45).

A educação é transmissora de cultura, e vice-versa, ao ensino jurídico acadêmico cumpre o papel de contribuir para a formação de uma nova cultura jurídica que enxergue a realidade e os fundamentos que a orientam para depois buscar a norma geral e abstrata para aplicar:

No caso das faculdades de Direito, essa capacidade de forjar visões de mundo tem implicações particularmente consequentes. É dentro de seus muros que se molda a concepção específica de *rule of law* que irá nortear as relações entre os cidadãos em sociedades democráticas. Os cursos jurídicos formulam e consolidam o entendimento que os juristas terão sobre as fronteiras que delimitam seu objeto de estudo e de trabalho, bem como seu sentido, sua função e suas condições de legitimidade. Esse imaginário acadêmico-profissional, por sua vez, irá determinar as formas pelas quais a sociedade entenderá o Direito e as expectativas que nutrirá em relação a seus operadores e suas instituições. A percepção popular sobre a qualidade da democracia, como um todo, e do sistema de Justiça, em particular, é produto, em larga medida, da teorização gestada nos debates acadêmicos e normalizada em sala de aula (Ghirardi, 2022, p. 78).

A construção de uma nova cultura jurídica implica necessariamente pensar a formação do pensamento social brasileiro, pensar que o Brasil, enquanto nação, foi constituído das atrocidades que aconteceram com as populações negras e indígenas e que até hoje sofrem brutal violência, apesar de serem a maioria da população brasileira. É importante compreender a formação deste povo e conhecer a história do Brasil através de metodologias negras, indígenas, decoloniais, e não através das teorias europeias e estadunidense, ou seja, dos invasores e dos colonizadores.

Na contemporaneidade, há um papel fundamental das Universidades em direção a uma integração dos povos da América Latina, como preceitua o art. 4º, parágrafo único da Constituição federal, que assevera a busca do Brasil a uma integração cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana. Para que haja tal integração, o ambiente acadêmico, tanto no ensino como na pesquisa do direito, deve passar

por um processo de decolonização acadêmica, de modo que se possa aprender e ensinar a partir da produção teórica e das experiências materiais dos povos da América Latina, com as especificidades de países periféricos, que ocupam, como o Brasil, posição de dependência no capitalismo global.

A antropofagia é um conceito cultural, originalmente divulgado por Oswald de Andrade, que significa devorar a cultura europeia e trazer na arte a singularidade dos elementos brasileiros. Antropofagia jurídica é um termo cunhado para expressar a necessidade de digerir criticamente o direito, “é uma recomposição da antropofagia cultural e uma busca por conceitos jurídicos tocados pelas realidades sociais” (Siqueira, 2011, p. 13).

Siqueira justifica a necessidade da antropofagia jurídica na medida em que o judiciário brasileiro replica teorias estrangeiras e se pauta, portanto, em teorias que desconhecem as singularidades históricas e sociais do Brasil, “discutir um novo conceito é sempre difícil, ainda mais quando esse novo conceito pretende romper com uma tradição sedimentada no direito brasileiro” (Siqueira, 2016, p. 304). O ensino jurídico tem como lógica um debate acadêmico tomado por teorias importadas, pautado na hegemonia normativista que fecha os olhos para as condições materiais de vida:

[...] é difícil encontrar autores no campo do direito que pensem a pobreza da população brasileira e as desigualdades sociais e culturais. Estariam o direito brasileiro e suas teorias conscientes desses temas? Poderíamos pensar o direito sem esses temas? Ou corremos o risco de criar faculdades de direito alemãs ou norte-americanas em terras tupiniquins? Vale lembrar que um departamento de filosofia de uma importante universidade brasileira já foi chamado de “departamento francês de ultramar” (Siqueira, 2016, p. 307).

A plenitude da humanidade, em que os seres humanos se tornem efetivamente iguais, para além das letras bonitas no texto constitucional, não se alcançará mediante as formas de exploração do capital. O Estado e o direito são braços desse sistema e, ainda que haja uma luta dentro das instituições, ou seja, um contexto de pessoas que está se formando pela universidade, este ainda é um espaço antipopular e hegemônico, pelo que se compreende a necessidade de pensar a educação dentro de um projeto emancipador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentou como a Constituição federal de 1988 dispõe sobre a cultura, como a cultura pode ser visualizada no projeto político de efetivação de direitos e de promoção da

justiça social, e como o ensino jurídico brasileiro reproduz as violências sociais. Afirmou-se a cultura como um direito fundamental de segunda geração, de competência comum entre os entes federativos da República, podendo ser um bem, símbolo, status de desenvolvimento social e patrimônio do povo brasileiro. Foi demonstrado que o direito percebe as garantias culturais em uma ordem constitucional cultural, ou seja, um conjunto de normas que dispõe sobre a cultura, incluídos a educação e o desporto. A partir do texto constitucional, descreveu-se a política cultural defendida pela filósofa Marilena Chauí como um caminho possível no entendimento da cultura por uma visão antropológica de invenção coletiva de valores, símbolos e ideias para materialização da cidadania em que os cidadãos e os grupos sociais se percebam como sujeitos políticos e culturais.

Concluiu-se que o Estado detém a tarefa constitucional de fomentar e proteger a cultura como um dos pilares da sociedade, com a formulação e a efetivação de políticas públicas culturais que valorizem os regionalismos, a diversidade étnica e cultural. Todavia, identificou-se algumas limitações do Estado e do direito na criação de uma nova cultura jurídica, pois o jurídico e o político estão determinados estruturalmente pelo modo de produção capitalista.

Nesse sentido, conclui-se, ainda, que a natureza intrinsecamente capitalista do direito forja a cultura do ensino jurídico, a partir da qual a atuação considerada normal é não questionar o estado de coisas. Portanto a construção e a aplicação do direito não convergem com a realidade social, pelo que se justifica a necessidade de uma transformação do ensino jurídico brasileiro, pautado a partir das especificidades históricas e econômicas do Brasil. É urgente (re)pensar a cultura jurídica brasileira, para a qual é imprescindível uma reformulação nos planos de ensino e pesquisa do direito.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2022.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BUCCI, Maria de Paula Dallari. SOUZA, Rodrigo Pagani de. (orgs.). **O ensino jurídico no bicentenário da independência**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. Cultura política e política cultural. **Estudos Avançados**, [S.l.], v. 9, n. 23, p. 71-84, abr. 1995. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-40141995000100006>. Acesso em: 25 jul. 2023.
- CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988**: representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. 2004. 233 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3853>. Acesso em: 27 jul. 2023.
- FALCÃO, Joaquim. Classe dirigente e ensino jurídico. In: **Cadernos FGV DIREITO RIO Educação e Direito**. v. 3. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10400/Cadernos%20FGV%20Direito%20Rio%20-%20Vol.%203.pdf>.
- FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21. p. 45-68, 1986.
- FEIJÓ, Vladimir Pinto Coelho. Ideias sobre os impactos da cultura sobre a concepção de justiça e sobre a construção e a desconstrução da Constituição. **Libertas**, v. 3, n. 1, dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/442>. Acesso em: 26 jul. 2023.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1997.
- LEHER, Roberto. Darcy Ribeiro e a universidade (cada vez mais) necessária. **Revista Interinstitucional Artes de Educar**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 145–153, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PEREIRA, Júlio Cesar. O conceito de cultura na Constituição Federal de 1988. *In*: IV ENECULT, Salvador, 2008. **Anais [...]**. Disponível em: <https://www.cult.ufba.br/enecult2008/14112.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais**: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906). 2011.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Pequeno ensaio sobre antropofagia jurídica: por uma sociologia histórica do direito brasileiro? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, p. 303-312, 2016.

VIEIRA, A. de H. P. Desigualdades sociais na entrada no emprego formal entre graduados da educação superior. **Tempo Social**, v. 35, n. 1, p. 131-161, 2023.

35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: A CONTRIBUIÇÃO DAS MULHERES À LUZ DA “CARTA DAS MULHERES À CONSTITUINTE” E A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA FEMINISTA NO ENSINO JURÍDICO

Monique Rodrigues Lopes¹

Rafael Reis Aguiar²

RESUMO: O artigo explora a trajetória das mulheres na Constituição Federal Brasileira de 1988, destacando a importância do movimento feminista na promoção de direitos e igualdade de gênero. Ele examina a atuação das mulheres na Assembleia Constituinte e como suas demandas foram incorporadas à Constituição. Além disso, ressalta a necessidade de uma perspectiva feminista no ensino jurídico para formar profissionais capazes de interpretar e aplicar as leis de maneira inclusiva e igualitária. O artigo aborda a ausência histórica da contribuição das mulheres na narrativa constitucional e a importância de preencher essa lacuna com uma perspectiva crítica e feminista. Ressalta como a atuação feminina na Assembleia Constituinte trouxe visibilidade às demandas das mulheres e a necessidade de educação jurídica crítica e feminista. O artigo discute como o movimento feminista influenciou a elaboração da Constituição de 1988, com foco na campanha “Mulher e Constituinte” e a “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”. Ele destaca que a Constituição incorporou muitas demandas femininas, garantindo a igualdade de gênero e incluindo disposições sobre violência doméstica.

PALAVRAS CHAVES: mulheres na constituinte brasileira; história do direito das mulheres; ensino jurídico feminista.

INTRODUÇÃO

Em 2023, a Constituição Federal brasileira completa 35 anos de vigência. De tempos em tempos, nesses marcos comemorativos, tanto no âmbito acadêmico quanto nos espaços de poder institucional, inúmeros eventos e análises são realizados com o intuito de relembrar o processo constituinte e propor reflexões sobre sua atualidade e/ou a necessidade de mudanças ou de efetivação dos direitos constitucionais.

¹ Advogada e doutoranda em “Teoria e História do Direito”- PPGD/UFSC; Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais -PPGSD/UFF; Especialista em Filosofia e Sociologia (FETREMIS/RS) Bacharela em Direito- UNESA/RJ, Historiadora- UFV/MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1558067496700097>.

² Doutorando em “Direito, Estado e Constituição”- PPGD/UnB, mestre em “Novos Sujeitos, Novos Direitos” - PPGD/UFOP, especialista em “Epistemologías del Sur” (CLACSO Argentina) e em Direito Público (PUC Minas). Advogado, pesquisador e consultor em Direito & Diversidades. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4102678602683409>.

Desse contexto emergem diversos textos e reflexões que buscam evidenciar os avanços e desafios observados ao longo dessas décadas. Do entusiasmo inicial de uma constituição que inaugurava a democracia após 21 anos de ditadura civil-militar, da frustração nos anos 2000 porque os problemas centrais da sociedade e desigualdades sociais e econômicas melhoraram pouco ou em ritmo lento, como coloca Carvalho (2001), e ainda recentemente, ataques golpistas e terroristas contra a democracia e o Estado democrático de direito. Os ataques ocorridos em Brasília no dia 08 de janeiro de 2023, contrariam o próprio autor de “Cidadania no Brasil, um longo caminho”, quando coloca “Não há indícios de que a descrença dos cidadãos tenha gerado saudosismo em relação ao governo militar, do qual a nova geração nem mesmo se recorda” (Carvalho, 2001, p. 8).

Recordar, esta é uma palavra que aliás é uma palavra de suma importância para este artigo, é um dever de casa que a historiografia e a história do direito brasileiro fazem pouco, principalmente quando se trata de fazer análises com um olhar crítico sobre como se deu a construção dos direitos das mulheres nesse país.

Quando se trata da participação das mulheres nesse processo, as narrativas ainda são limitadas, especialmente considerando a relevância de sua atuação. A historiografia constitucional brasileira muitas vezes ignora ou omite a contribuição das mulheres, perpetuando um arquétipo protagonista masculino, próprio do patriarcado. Através de uma perspectiva crítica e feminista, este artigo pretende preencher essa lacuna, destacando não somente a participação feminina na Assembleia Constituinte, mas também a reivindicação legítima e as conquistas resultantes desse protagonismo.

A atuação feminina durante a Assembleia Constituinte não só trouxe maior visibilidade às demandas das mulheres, como também ressaltou a necessidade de uma educação jurídica que aborde essas questões de forma crítica e feminista. A Constituição de 1988 não garante automaticamente a realização dos direitos nela previstos. No entanto, a previsão legal representa uma conquista relevante, fortalecendo a luta política e criando a obrigatoriedade de sua observância tanto pelo Estado quanto por particulares.

Além disso, a participação das mulheres na vida política nacional ainda é desproporcional em relação à sua representatividade na sociedade. O ensino jurídico no Brasil precisa avançar incorporando perspectivas feministas para formar profissionais capazes de interpretar e aplicar as normas constitucionais de maneira mais justa e igualitária. A teoria feminista do direito pode contribuir significativamente para essa transformação, questionando as estruturas patriarcais que ainda permeiam as instituições e a cultura política.

A atuação das mulheres na Assembleia Constituinte trouxe impactos duradouros para a construção dos direitos das mulheres no Brasil. No entanto, a simples garantia legal não é suficiente para efetivar esses direitos. A formação jurídica precisa abraçar uma abordagem feminista, a fim de que os profissionais do direito consigam interpretar e aplicar a lei de maneira inclusiva e igualitária, assentados em pilar histórico-crítico de gênero. Somente dessa forma poderemos superar as disparidades persistentes e efetivamente avançar em direção a uma sociedade mais justa e igualitária.

1 MULHERES E A BUSCA DE SEU LUGAR NA HISTÓRIA

“[...] quanto do que nos diziam ser ciência dura ou dados eram, na verdade, histórias, a interpretação de dados e de fatos”,
Bell Hooks.

“A história das mulheres é indispensável e essencial para a emancipação das mulheres”, já nos alertou Lerner (2019, p. 27), emancipação essa que tardou muito a acontecer, visto que como aponta Perrot (2017, p. 197), a história vem sendo escrita sob um ponto de vista masculino que se estrutura partir de instrumentos que “são monopólios de homens que tem o monopólio do texto e da coisa públicos”. Nesse viés, as mulheres foram impedidas de contribuir com o fazer da história (Lerner, op cit), ou seja, foram afastadas da ordenação, da interpretação e das análises do passado.

“Reescrever as mulheres na história do direito foi e ainda é a promessa original e mais significativa da história feminista do direito” (Drakopoulou, 2018). Essa afirmação gera uma inquietação por ser realmente uma lacuna não preenchida na história do direito. Ressalta ainda essa autora que o primeiro tema que a história jurídica feminista trouxe para o debate foi a questão de como a “lei poderia controlar, permitir ou restringir a vida das mulheres”. Assim, faz indagações sobre por que é de que maneira o direito em todas as suas instâncias históricas importa para elas.

Questionar a ordem estabelecida, os aparatos legislativos utilizados pelo Estado que é masculino, onde suas leis veem e tratam mulheres como homens veem e tratam mulheres (Mackinnon, 1982), permeiam o âmago deste trabalho. Reforçando a ideia de que a sociedade é baseada em um sistema de desigualdade e opressão sexual, e utilizando o conceito de patriarcado por meio do qual é possível descrever um sistema de dominação e exploração das mulheres (Saffioti, 1992).

O patriarcado é entendido aqui como uma forma histórica de dominação masculina que tem na figura do pai, marido, irmão uma relação de poder estruturadas historicamente de maneira desigual e que por tão antiga se tornou quase que intrínseco nas sociedades colocando as mulheres em situação de vulnerabilidade.

A problematização das relações de gênero e indagação acerca do lugar das mulheres na história, se comparada ao surgimento da disciplina história ainda é recente, como aponta Calandria (2019). Lerner (2019) ao ingressar na carreira acadêmica e encontrar um universo em que a história das mulheres mal existia, declarou “Nas minhas disciplinas os professores me falavam de um mundo em que ostensivamente a metade da raça humana faz tudo o que é importante e a outra metade não existe”.

No Brasil e em grande parte do mundo, entretanto, nos últimos trinta anos começaram a surgir produções que visavam incluir as mulheres como sujeitos sociais e protagonistas, uma vez que as mulheres foram excluídas não só como atores sociais, mas também como objetos e como narradores dessa história. Assim como aponta ainda Lerner:

Dar historicidade ao sistema de dominância masculina e afirmar que suas funções e manifestações mudam ao longo do tempo é romper com a tradição oferecida. Essa tradição mistificou o patriarcado, tornando-o a-histórico, eterno, invisível e imutável. Mas é exatamente por causa de mudanças em oportunidades sociais e educacionais disponíveis às mulheres que, nos séculos XIX e XX, inúmeras delas enfim foram capazes de avaliar de forma crítica o processo pelo qual ajudamos a forjar e manter o sistema. Somente agora conseguimos conceituar o papel das mulheres na história, criando, assim, uma consciência que pode emancipá-las. Essa consciência também pode libertar os homens das consequências indesejáveis do sistema de dominância masculina (Lerner, 2019, p. 66).

Ao analisar a categoria gênero, Scott (1986) sugere que se deve utilizá-lo como categoria útil e dinâmica. Isso significa que se deve repensar os métodos de análise, observando como foram utilizados em diferentes momentos históricos. Scott também faz menção a essa tradição de categoria de análise que parece a-histórica, linear, que não questiona os papéis perpassados pelas relações sociais. Nesse sentido, como explica Scott (1990), a dicotomia masculino/feminino e sua hierarquização estabelecem uma relação de poder, como podemos observar no trecho abaixo:

A preocupação teórica com o gênero como uma categoria analítica só emergiu no fim do século XX. Ela está ausente das principais abordagens de teoria social formuladas desde o século XVIII até o começo do século XX. De fato, algumas destas teorias construíram sua lógica a partir das analogias com a oposição entre masculino/feminino, outras reconheceram uma “questão feminina”, outras ainda se preocuparam com a formulação da identidade sexual subjetiva, mas o gênero, como

uma forma de falar sobre sistemas de relações sociais ou sexuais não tinha aparecido. Esta falta poderia explicar em parte a dificuldade que tiveram as feministas contemporâneas de incorporar o termo “gênero” às abordagens teóricas existentes e de convencer os adeptos de uma ou outra escola teórica de que o gênero fazia parte de seu vocabulário. O termo “gênero” faz parte da tentativa empreendida pelas feministas contemporâneas para reivindicar um certo terreno de definição, para sublinhar a incapacidade das teorias existentes para explicar as persistentes desigualdades entre as mulheres e os homens (Scoot, 1990, p. 85).

Dessa maneira, analisa essa autora o gênero construído socialmente como uma das primeiras maneiras de significar as relações de poder a partir das diferenças entre os sexos, ou seja, papéis culturalmente e socialmente definidos. Ocupando assim como coloca Ferreira (1996, p. 52) um lugar discordante e inferior em relação ao homem. Nesse sentido, mesmo que ocupe um cargo, que tenha um elemento de poder, ela não o possui.

Esse poder, característica do espaço público, o qual as mulheres foram excluídas historicamente, não está presente na sua posição marcada dentro do espaço social incumbido a elas, o privado, o doméstico. Nesse espaço os papéis de mãe, esposa, irmã, filha, tem lugar marcado dentro da esfera social, assim como afirma Pateman (1983), a separação e a oposição entre as esferas pública e privada é uma oposição desigual entre homens e mulheres.

Seguindo a linha de pensamento de Scott (1986), entendemos a natureza a qual se vincula o gênero e os sentidos a ele atribuídos, partilhando assim um viés que neste trabalho será utilizado, ou seja, de não desvincular a história das mulheres da história considerada geral. Nesse sentido, ir além das narrativas de perspectivas masculinas ainda consideradas como oficiais, hoje.

Ainda sobre os papéis atribuídos às mulheres, Pateman (1993) aponta que deriva de uma parte não contada na história do contrato social. Para ela o pacto original é um contrato sexual e social ao mesmo tempo. Esse contrato estabelece direito político dos homens sobre as mulheres, no sentido de estabelecer o acesso estruturado dos homens aos corpos das mulheres. Assim, essas mulheres são excluídas do pacto originário, podendo fazer parte do contrato sexual, fixando-as ao espaço privado.

A divisão entre as esferas pública e privada cria, portanto, segundo a autora, uma compreensão do patriarcado moderno e uma ferramenta para entendermos as diferenças entre papéis públicos e políticos e de como eles são colocados de maneiras diferentes para homens e mulheres.

Essas relações que são estabelecidas entre o Estado e Direito e nas capilaridades que ela atua são analisadas por Montejo (2009) e nos ajudam também a compreender o emaranhamento desses fenômenos. Seu viés metodológico do fenômeno jurídico passa por analisar a complexa

vinculação entre as relações de poder atravessadas por homens e mulheres, inclusive esse paradigma de investigação de mulheres-família. Montejo divide em três categorias de análises uma metodologia do texto legal para em que se consiga analisar seus aspectos múltiplos, sendo; o componente forma normativo, o componente estrutural e o componente político-cultural (Montejo, 2009, p. 192). Coloca a autora que os três estão dialeticamente ligados entre si, sendo o primeiro referente a norma em si, o segundo, se refere ao aparato de administração da justiça, a polícia, a corte e o último os costumes, a tradição e ainda as leis não escritas, mas que valem na vida cotidiana. Dessa maneira, percebemos que as relações de gênero que trespassam as células familiares, se apresentando como categorias neutras provenientes do Direito são representações das violências discursivas hegemônicas.

Lerner, em seu outro livro, “A criação da Consciência Feminista” levantou a hipótese em 1977 de que falta de uma História de e para mulheres estaria ligada a uma longa submissão e a um lento despertar da consciência feminista. Esse livro que só foi traduzido para o português em 2022 e ainda é pouco conhecido, aborda a longa trajetória das mulheres, a luta de 1200 anos para libertar suas mentes do pensamento patriarcal.

Muitas mulheres depositaram, e algumas lamentavelmente ainda depositam, confiança nos princípios patriarcais que moldam o mundo. Antes mesmo de lutar por seus direitos, e ao longo do tempo, elas enfrentaram a necessidade de acreditar em sua própria humanidade. Na perspectiva de Lerner, essa é a dificuldade que levou as mulheres a inadvertidamente recriarem o mesmo sistema que as oprimia. Lerner (2022) ilustra de forma perspicaz que, desde os tempos de Aristóteles, havia espaço para discordância sobre a escravidão, mas a subordinação das mulheres não estava sujeita a debate - era considerada um fato consumado.

Lerner (2022) destaca que, mesmo após mais de dois milênios, quando a Constituição dos Estados Unidos foi promulgada, ocorreu um vigoroso debate sobre a humanidade dos escravizados e como eles seriam contabilizados para fins eleitorais. No entanto, em relação às mulheres, embora fossem contadas como cidadãs livres, seu direito ao voto ou a participação em cargos públicos sequer foram mencionados. Durante milênios, mulheres talentosas dedicaram seu tempo exclusivamente para provar sua capacidade de pensar. Devido à ausência de um registro histórico sobre elas e sua contribuição, elas tiveram que reivindicar constantemente sua posição. Sobre a desvantagem educacional sistemática das mulheres ao longo dos séculos, aponta a referida autora:

A desvantagem educacional sistemática das mulheres, afetou sua auto percepção, a capacidade de conceituar a própria situação e habilidade de imaginar soluções sociais

para melhorá-la. Isso não apenas as afetou individualmente, mas muito mais importante, alterou a relação delas com o pensamento e a história. As mulheres, por mais tempo do que qualquer outro grupo estruturado na sociedade, viveram em uma condição de ignorância ensinada, alienadas da própria experiência coletiva por meio da negação da existência da História das Mulheres (Lerner, 2022, p. 31).

Esse afastamento das mulheres da história, tanto como protagonistas, como também narradoras precisa ser superado, principalmente nesse contexto brasileiro em que meninas foram permitidas a reentrar na escola com a lei de 1827, sendo até menos de vinte escolas femininas no Império. Em 1875 com a seção feminina na Escola da Província começa o percurso de feminilização do magistério, com discurso de “dom natural do cuidado”, tornou-se das únicas profissões possíveis para mulheres. Assim, ainda hoje parte significativa das carreiras consideradas masculinas como Medicina, Engenharia e Direito, apresentaram obstáculos à aceitação de mulheres e também reforçavam a predominância de professores homens e brancos. Sendo assim, essa ausência de representatividade na produção acadêmica no Direito era negada no passado e continua acontecendo. A produção das fontes do direito como produção científica calcada na escrita e ratificada na academia por séculos teve acesso ao gênero masculino exclusivamente, com permanência na atuação profissional e ressonância nos pares.

2 AVANÇOS E PROTAGONISMO DAS MULHERES NA CONSTITUINTE DE 1988

Pelos argumentos já demonstrados de apagamento e exclusão das mulheres no fazer da história jurídica brasileira, gostaríamos antes de passar para a problemática de um ensino jurídico voltado para as questões de gênero, para um exemplo de exclusão da participação da história das mulheres que é recorrente ainda nas aulas de história do direito, direito constitucional, introdução ao direito, entre outras cadeiras do ensino jurídico brasileiro.

Trata-se da campanha “Mulher e Constituinte”, lançada em 1985 com o amplo apoio do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), e que desempenhou um papel fundamental na elaboração da “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”. Inserida num momento histórico brasileiro de efervescência ansiosa democrática após mais de duas décadas de repressão aos direitos fundamentais e políticos pela imposição da ditadura civil-militar.

No cenário do processo de redemocratização, o país se mobilizou para proclamar uma nova Constituição. Desta forma, foram realizadas eleições para a formação da Assembleia Constituinte. Várias camadas da sociedade civil, partidos, grupos, sindicatos.... se organizaram

para mobilizar demandas a serem inseridas na nova “Carta Maior”. Nesse sentido, damos destaque a Carta da Mulheres à Constituinte.

Com o início da redemocratização nos anos 1980, o feminismo no Brasil entra num momento de forte ebulição de ideias na luta pelos direitos das mulheres. Surgem cada vez mais coletivos, nas mais variadas regiões do país tratando de temas importantes como violência sexual, divisão de trabalho, racismo, reforma agrária, direitos reprodutivos, entre outros.

Esses coletivos feministas constituíam-se muito próximo a grupos populares de mulheres que estavam nos bairros mais pobres lutando por saúde, saneamento básico, educação, por mais creches, melhorias nas habitações. Esses grupos nesse momento estavam muito próximos às comunidades de base da Igreja Católica, na conjuntura da teologia da libertação presente nesse momento de luta contra a ditadura militar ainda vigente no Brasil (Pinto, 2010).

Esse encontro entre o movimento feminista de base na classe média intelectualizada e os movimentos populares de mulheres foi importante para trocas e aprendizados numa via de mão dupla entre ambos. É nessa conjuntura que temos a criação do mais importante órgão feminista de divulgação e luta pelos direitos das mulheres no Brasil: o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres (CNDM) em 1984, criado junto ao Ministério da Justiça e um dos grandes responsáveis mais tarde pela mobilização que resultaria na carta das mulheres à constituinte.

A campanha promoveu discussões e debates por meses em todo o país, com o lema “Constituinte prá valer tem que ter palavra de mulher”. A entrega dessa carta ao Congresso Nacional em 26 de agosto de 1986, por mais de mil mulheres, ficou notavelmente conhecida como o “lobby do batom” durante o processo constituinte. Essa carta sistematizava reivindicações que foram transformadas em direitos constitucionais e simbolizou um dos maiores movimentos na história do ativismo das mulheres no Brasil.

A atuação madura do movimento feminista brasileiro, em interlocução com grupos, partidos políticos e o próprio Estado, foi crucial para esse êxito. A partir do amadurecimento do diálogo entre essas partes, as reivindicações foram incorporadas ao texto constitucional, resultando em avanços significativos. Juridicamente, as mulheres conquistaram diversos direitos, incluindo a garantia do princípio da igualdade jurídica, que influenciou a interpretação de leis e normas infraconstitucionais.

A Constituição de 1988 incorporou aproximadamente 80% das demandas femininas, estabelecendo no seu artigo 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, e no inciso XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos

e liberdades fundamentais”. Além disso, o princípio da igualdade também foi aplicado nas relações domésticas e familiares, como evidenciado no artigo 226, §5º, que determina que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Outra conquista importante foi a inclusão do §8º no artigo 226, que estabelece a assistência à família e mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares. Esse dispositivo, juntamente com a Lei Maria da Penha, criminalizou atos de violência doméstica e afetiva, contribuindo para combater a violência no contexto familiar.

A Constituição de 1988 se alinha com convenções e tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, refletindo princípios de igualdade, não discriminação e não violência. Ela orienta as ações dos poderes da República e estabelece bases para a elaboração de políticas e leis. A Carta Política brasileira tornou-se uma referência fundamental, exigindo a observância e implementação de seus comandos por todas as esferas e agentes estatais.

Portanto, a atuação das mulheres na Constituinte de 1987/88 foi fundamental para a produção de uma Constituição que refletisse os direitos e demandas femininas, em consonância com padrões internacionais de direitos humanos. Essa atuação também reforçou a importância da perspectiva feminista na formulação de leis e políticas que promovam a igualdade de gênero e a cidadania plena das mulheres no Brasil.

3 NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE UMA PERSPECTIVA FEMINISTA DO DIREITO NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

Olhares distintos podem ser lançados sobre a construção do papel das mulheres no âmbito jurídico. Em um enfoque, emerge uma narrativa que busca entender o “ser mulher”. Por outro lado, é possível adotar uma perspectiva que sugere uma subordinação das mulheres em relação ao direito, levantando questionamentos sobre sua inclusão como sujeitos de direitos. As dúvidas surgem: Será que as mulheres são reconhecidas pelo direito? As mulheres estão realmente abarcadas no conceito de “sujeitos de direitos”?

A partir dessas duas interpretações contrastantes, podemos traçar trajetórias divergentes que, no entanto, convergem para uma conclusão: o direito participa da construção de uma narrativa que define o “ser mulher”, relegando-as ao status de “Outro”, ou seja, de não-sujeito. Nesse contexto, um elemento central no apagamento das mulheres no universo jurídico e na criação de uma representação estereotipada do “ser mulher” é o mito da neutralidade do Direito.

Refletindo sobre a definição mesma de direito, questiona-se a ideia de neutralidade, evidenciando a perpetuação de valores patriarcais na legislação. A ilusão de que o sistema jurídico opera de maneira imparcial permite que ele se constitua como uma estrutura de poder patriarcal. Em outras palavras, a neutralidade é, na verdade, um traço masculino. Isso se manifesta na análise de casos de violência de gênero, onde os julgamentos frequentemente se apoiam em estereótipos e preconceitos de gênero, exercendo controle sobre os corpos das mulheres por meio do discurso.

A condição de ser reconhecido como sujeito de direitos é crucial para o acesso a todos os direitos garantidos às pessoas. A noção de sujeito de direito está intrinsecamente ligada à construção da própria ideia de humanidade, que por sua vez influencia quem é considerado digno de direitos. No entanto, essa concepção é influenciada por uma visão masculina e branca, resultando em uma construção que marginaliza as mulheres e outros grupos.

Nesse contexto, a neutralização de estereótipos contribui para a violação dos direitos das mulheres pelo sistema judiciário, mesmo aquelas que se encaixam nesses estereótipos. Além disso, o Direito é muitas vezes moldado para atender a uma masculinidade branca, excluindo e punindo aqueles que não se encaixam nesse molde.

A análise da legislação em vigor após a promulgação da Constituição de 1988 revela a persistência de leis discriminatórias e violadoras dos direitos das mulheres. Embora a constituição tenha avançado em muitos aspectos, ainda subsistem normativas que perpetuam a desigualdade de gênero. A influência do movimento de mulheres na formulação da Constituição resultou em avanços, como a garantia da igualdade de gênero. No entanto, a plena efetividade desses avanços é um desafio.

Em suma, a narrativa construída pelo direito sobre o “ser mulher” é influenciada por estereótipos e valores patriarcais, resultando em uma subordinação das mulheres. Embora a Constituição de 1988 tenha representado progressos, a luta por inclusão e efetivação de direitos continua sendo necessária. Reconhecer essas contradições e trabalhar para minimizar as opressões é crucial, mesmo que a transformação completa do sistema jurídico seja um desafio complexo.

Dentro desse contexto, o campo do Direito tem sido alvo de críticas e análises que, reunidas sob o termo “feminismo jurídico” ou “teoria feminista do direito”, visam questionar e transformar sua abordagem convencional. Independentemente da terminologia empregada, as críticas feministas ao Direito se desdobram principalmente em três perspectivas: 1. uma crítica à teoria do Direito, identificando-o como resultado de sociedades patriarcais e perpetuador dos

interesses masculinos; 2. uma avaliação crítica de certas instituições jurídicas, como normas discriminatórias e excludentes para as mulheres; 3. uma análise da aplicação do direito, expondo o machismo presente na interpretação jurídica (Silva, 2018).

No âmbito das faculdades de direito brasileira, existe uma notória predominância de estudiosos homens e uma tendência a negar as contribuições feministas ao direito. De acordo com Campos (2019), uma jurista feminista, o sistema jurídico brasileiro ainda enfrenta dificuldades em assimilar as críticas provenientes da teoria feminista do direito, apesar desses estudos já serem referências em outros países com EUA, Alemanha e França desde a década de 1960. Segundo a autora, essa negação não se manifesta apenas por meio de antagonismos de ideias, mas também pelo silenciamento teórico das acadêmicas feministas nas ementas das disciplinas dos cursos de direito. Isso resulta na escassez de referências bibliográficas feministas nos currículos de ensino jurídico brasileiro (Campos, 2015, p. 980).

De acordo com Silva (2018, p. 90), “o pensamento/movimento jurídico feminista ainda é pouco reconhecido nas faculdades de direito na América Latina”, e quando é reconhecido, tende a estar restrito a grupos especializados que exploram essa temática. Propomos que, para que o direito se torne efetivo na redução das desigualdades e no enfrentamento à violência contra as mulheres, essa realidade precisa ser transformada. Nesse sentido, a educação jurídica deve se tornar um terreno de críticas e construções feministas, antirracistas e libertadoras.

Portanto, não é suficiente abordar simplesmente a questão de gênero; é imprescindível adotar uma educação com perspectiva feminista. Além disso, destacamos que qualquer educação libertadora e crítica do direito deve reconhecer as interseções entre gênero, raça e classe. Assim, é fundamental que essa educação também tenha um viés antirracista e de justiça social.

O que vemos de avanço em termos de ensino jurídico com uma abordagem crítica feminista nas faculdades de direito brasileira ainda é muito deficitário. Mesmo nos temas que envolveriam obrigatoriamente essa abordagem como os crimes de violências às mulheres. Por que a “carta das mulheres à constituinte” é ainda tão desconhecida no meio do ensino jurídico, principalmente nas disciplinas introdutórias de direito constitucional, história do direito e direito penal enquanto um documento de suma importância para efetivação não só dos direitos das mulheres, mas como para os próprios direitos humanos? Sabemos a quem interessa como já abordado, essa análise “neutra”, branca e heteronormativa do direito que infelizmente caminha sem maiores alargamentos epistemológicos para além das discussões dogmáticas-positivista-normativa.

Alguns avanços recentes, porém vem acontecendo, como o “Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero”, publicado pelo CNJ em 2021, que sedimentou a obrigação de os juristas, especialmente magistradas e magistrados, julgarem sob as “lentes de gênero”. O documento adota a interseccionalidade, teorizada pela jurista estadunidense Kimberlé Crenshaw (2004), que explica que os marcadores sociais (gênero, raça, classe, sexualidade, deficiência, idade etc) operam como fatores que se sobrepõem nos indivíduos, gerando mais desigualdades. É um marco de extrema importância e com menção no CNJ de bibliografias que abordam os estudos entre direitos e feminismo que demonstram o caráter interdisciplinar do documento, com referências como Heleieth Saffioti, Sueli Carneiro, Lélia González, Simone de Beauvoir, Judith Butler e Bell Hooks. De modo geral, deve ser celebrado como um grande avanço no judiciário brasileiro, por orientar um julgamento com base no gênero enquanto um fator de desigualdade estrutural e trazer contribuições a diversos ramos da justiça. Porém precisamos avançar na utilização desses conceitos também no ensino jurídico brasileiro.

É mais que urgente que a uma formação calcada na perspectiva jurídica feminista seja implementada em larga escala nas faculdades de direito no Brasil. É preciso incluir essas questões no ensino do Direito, nas escolas, em todos espaços educacionais. De acordo com Revoredo (2006), isso poderia ser feito de duas formas nas faculdades de Direito: uma mudança de cima para baixo, reelaborando a estrutura curricular das faculdades, com o objetivo de formar operadores do Direito questionadores de uma ordem sexista e conscientes da bagagem cultural que pode ser estendida para aplicação e criação das normas. E, uma mudança de baixo para cima, quando os professores e professoras trazem esse debate para dentro de sala de aula, inclusive propondo disciplinas que tratem de gênero e sexualidade. Desafiando assim as estruturas estabelecidas para a construção de um direito que primeiramente reflita sobre os apagamentos da historiografia jurídica acerca das contribuições das mulheres e incorpore essas narrativas em suas análises afim de dar voz a metade da humanidade não inclusa nos livros e para que sejam formados melhores juristas, que compreendam que o direito é um ramo das ciências sociais aplicada e portanto deve acompanhar as mudanças da sociedade de maneira analítica- crítica, com solidez na história e utilizando as lentes das epistemologias feministas do direito para entender a construção dos Direitos pelos seres humanos. Nas palavras de Salgado:

Para a construção de um Direito que não passe por padrões, cânones, e conceitos machistas, é também necessário se reconstruir a ciência do Direito e para tal é vital pensar numa Epistemologia Feminista. No Brasil ainda há muito para ser feito nessa área e o empenho das cientistas e juristas do Direito é fundamental. É preciso que se

pesquise mais sobre mulheres além da legislação para que novos direitos passem a ser pautas de agendas. É preciso que mais mulheres passem a pesquisar e produzir ciência. É preciso que tudo isso passe por novos conceitos. A tarefa não é pouca, é árdua (SALGADO, 2019, p. 83).

CONCLUSÃO

Sabemos que apesar de fundamental importância para assegurar e legitimar as leis específica inserido no preceito da isonomia, o Direito sozinho não dá conta de assegurar uma sociedade mais justa. Isso se manifesta, por exemplo, quando uma mulher vai registrar uma queixa de lesão corporal numa delegacia e é atendida por um profissional despreparado e não engajado com as questões de gênero para aplicação da Lei Maria da Penha. A Lei e toda a luta que culminou no advento dela ainda tem sido de pouca valia. E infelizmente, os números de violência contra mulher no Brasil corroboram com essa afirmação. Ainda precisamos de muitas interlocutoras e interlocutores para compreender o que levam os homens a violentar, agredir, magoar, humilhar, desqualificar, desonrar, inferiorizar, excluir e matar mulheres, até neste século XXI. O que os move nesse sentido, até hoje, em nossas sociedades?

Acreditamos que se faz necessário trazer a perspectiva feminina e feminista, de todas as matrizes epistemológicas, para dentro das Universidades. Debates são importantes, juntamente com homens e mulheres; meninas e meninos. É necessário abrir diálogos francos e honestos. Criar zonas de contato entre várias vertentes disciplinares e culturais. Precisamos, nós mulheres, compreender o que levam os homens a atirem “pedras às mulheres”. Precisamos compreender para combater. Só assim, conseguiremos produzir dispositivos jurídicos e políticas públicas eficazes, efetivas e eficientes para as mulheres, principalmente para aquelas que vivem em situações de maior vulnerabilidade social e econômica.

Ainda sobre esse viés pedagógico de integração entre a sociedade civil, os parlamentares que representam a maioria da sociedade, são parte fundamental na produção de dispositivos jurídicos e políticas públicas. É necessários espaços onde possam aprender, dialogando por meio de um processo participativo, democrático e de mobilização social, onde possam compreender, analisar e formular propostas que atendam às necessidades e demandas das mulheres.

Desta forma, podemos vislumbrar espaços dialógicos para mudanças substantiva em ambientes culturais e institucionais. E neste momento, estes espaços precisam ser garantidos por meio de dispositivos institucionais e jurídicos. O espaço político e midiático precisa gerar regras a serem seguidas, no que tange a garantia dos espaços das mulheres no parlamento, nas

universidades, nas chefias, nas direções, nos hospitais, na política, nas artes, nas ciências. As mulheres, somos a maioria. Se há democracia, a maioria deve estar representada. Neste caminhar, a luta diária de mulheres, jovens, idosas e meninas - de todas as cores - continua...

REFERÊNCIAS

- CALANDRIA, Sol. **Matar a la madre**: Infanticidios, honor y género en la provincia de Buenos Aires (1886-1921). Tese. 2019. Doutorado em História. Universidade Nacional da Plata.
- CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. *In*: CAMPOS, Carmen Hein (org.) **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Disponível em: <http://themis.org.br/wp-content/uploads/2015/04/LMPcomentada-perspectiva-juridico-feminista.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- CAMPOS, Carmen Hein; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira. **Revista Direito e Práxis**, v. 10, p. 962-990, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/32195>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil**: um longo caminho. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2004.
- CRENSHAW, Kimberle W. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. *In*: **Cruzamento**: raça e gênero. Brasília: Unifem, 2004. p. 7-16.
- DRAKOPOULOU, Maria. Feminist historiography of Law: an exposition and proposition. *In*: DUBBER, Markus; TOMLINS, Christopher (org.). **The Oxford Handbook of Legal History**. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 603-620.
- FERREIRA, Elizabeth Fernandes Xavier. **Mulheres, Militância e Memória**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.
- HOOKS, Bell. **Ensinando pensamento crítico**: sabedoria prática. São Paulo: Elefante, 2020.
- LERNER, Gerda. **A criação da consciência feminista**: a luta de 1200 anos das mulheres para libertar suas mentes do pensamento patriarcal. São Paulo: Editora Cultrix, 2022.
- LERNER, Gerda. **A criação do Patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens. São Paulo: Cultrix, 2019.
- MACKINNON, Catharine. **Feminism, marxism, method and the State**: an agenda for theory. 1982.
- MONTEJO, Alda Facio; MARTINEZ, Iolanda Martinez. Quando o gênero são, as mudanças levam: uma metodologia para a análise de gênero do fenômeno jurídico. **Lacandônia**, v. 3, n. 2, p. 87-90, 2009.
- PATEMAN, Carole. Feminist critiques of the Public/Private Dichotomy. *In*: BENN, Stanley; GAUS, Gerald (org.). **Public and Private in Social Life**. Londres: Croom Helm, 1983. p. 281-303.

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. São Paulo: Contexto, 2017.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do Feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

REVOREDO, Marisol Fernández. Usando el género para criticar al Derecho. **Derecho PUCP**, n. 59, p. 357-369, 1 dez. 2006.

SAFFIOTI, H. I. B. Rearticulando gênero e classe social. *In*: OLVEIRA, A.; BRUSCINI, C. (org.). **Uma questão de gênero**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Epistemologia Feminista no Direito. *In*: FERRAZ, Carolina Valença (org.). **Manual Jurídico Feminista**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2019. p. 67-88.

SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil para a análise histórica. 1990.

SILVA, Salete Maria da. Feminismo Jurídico: uma introdução. **Cadernos de Gênero e Diversidade**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 83-102, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25806>. Acesso em: 20 ago. 2023.

