

ANDRÉ MACHADO MAYA
Organizador

ANAIS DO

III EGRUPE

III Encontro Interinstitucional
de Grupos de Pesquisa



FMP

Fundação Escola Superior
do Ministério Público

2020

ANAIS DO



III EGRUPE
III Encontro Interinstitucional
de Grupos de Pesquisa



CONSELHO ADMINISTRATIVO

Fábio Roque Sbardellotto- Presidente

Luciano de Faria Brasil - Vice-Presidente

Gilberto Thums - Secretário

Alexandre Lipp João- Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

ANDRÉ MACHADO MAYA
Organizador

ANAIS DO

III EGRUPE
III Encontro Interinstitucional
de Grupos de Pesquisa



FMP

Fundação Escola Superior
do Ministério Público

2020

© FMP 2020

CAPA: Marcelo Mariante de Queiroz

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA: Ana Paula Goularte Cardoso

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 – 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

E56a Encontro Interinstitucional dos Grupos de Pesquisa
 (3. : 2019 : Porto Alegre, RS)
 Anais do III Encontro Interinstitucional dos Grupos
 de Pesquisa – EGRUPE [recurso eletrônico] / André
 Machado Maya, organizador. – Dados eletrônicos –
 Porto Alegre: FMP, 2020.
 336 p.

Modo de acesso: <<https://www.fmp.edu.br/publicacoes/>>
ISBN 978-85-69568-17-9

1. Direitos Fundamentais. 2. Políticas Públicas. 3. Segurança Pública. 3.
Política Criminal. I. Maya, André Machado. II. Título.

CDU: 342.7

Bibliotecário Responsável: André de Oliveira - CRB 10/2618

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Apresentação

O Encontro de Grupos de Pesquisa é um projeto acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, cujo objetivo é fomentar o diálogo e a produção acadêmica conjunta entre os diferentes grupos de pesquisa vinculados aos projetos de pesquisa da Instituição e, também, de instituições parceiras. Nessa perspectiva, desde a segunda edição, o Encontro passou a contar com a participação de grupos de pesquisa em desenvolvimento nos Programas de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Na terceira edição, o Encontro foi realizado no campus da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, e contou com a apresentação de cinquenta e três trabalhos, divididos em três GTs, os quais representam as linhas temáticas de pesquisa dos PPGDs envolvidos na atividade, quais sejam: (GT01) políticas públicas em direitos fundamentais e jurisdição: interconexões cambiantes; (GT02) Estado, mercado e sociedade: equações de equilíbrios, e (GT03) segurança pública e política criminal: a expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea. Do total de trabalhos apresentados, trinta e dois foram aprovados para publicação nos anais do evento, em formato de resumo expandido. Os números, semelhantes aos da edição anterior, confirmam a adesão dos alunos e professores, e o êxito da metodologia de trabalho, apta a fomentar o relacionamento acadêmico entre os Programas de Pós-Graduação cujas linhas temáticas são fins, e assim também o diálogo interno entre docentes e discentes dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da FMP, UNISC e UNESC. Nesta edição, o Encontro contou também com uma reunião de trabalho entre professores vinculados aos três PPGDs, para definição de metas e ações conjuntas a serem adotadas, como forma de aprimorar os projetos de pesquisa em desenvolvimento no âmbito das suas linhas de pesquisa, promover o intercâmbio de conhecimentos e relações entre pesquisadores das Instituições participantes; e incentivar a interação entre professores e alunos de mestrado e os acadêmicos da graduação em Direito..

André Machado Maya
Organizador





SUMÁRIO

CAPÍTULO 1
GT 1: POLÍTICAS PÚBLICAS EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO:
INTERCONEXÕES CAMBIANTES

Da força vinculante das decisões judiciais fundamentadas nos valores da integridade, estabilidade, coerência e correção: um contributo à harmonização de uma desejável jurisprudência pós-CPC/2015

Lucas Moreschi Paulo16

O papel do Poder Judiciário na Democracia Constitucional segundo a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas

Bruno Ruiz de Souza e Éder Renato Martins Siqueira29

As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador: uma análise a partir da prática do ensino em casa (homeschooling) sob a ótica dos casos brasileiro e alemão

Maria Valentina de Moraes e Sabrina Santos Lima.....40

O Princípio Constitucional da solidariedade enquanto instrumento de concretização da dignidade humana permitindo um maior acesso à justiça através de procedimentos extrajudiciais

Jorge Renato dos Reis e Maini Dornelles52

A convenção nº 182 e a recomendação 190 sobre as piores formas de trabalho infantil

André Viana Custódio e Fernanda Martins Ramos65

A Mediação Extrajudicial na extensão universitária segundo a Lei nº. 13.140/2015

Amanda da Cruz Saraiva e Rafaela Matos Peixoto Schaefer..72

Historicismo axiológico do Estado Democrático de Direito: como a queda do nazismo pode explicar a criminalização da homotransfobia pelo STF

Edson Philip Diolinda Tavares e Luiz Eduardo Conti81

A falsa preocupação que mascara o preconceito: uma análise do caso de censura na Bienal do Livro do Rio de 2019 a partir dos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente	
Pedro Henrique Cardoso Hilário e Leila Karenina Ferreira Farias	86
Internacionalização dos Direitos Humanos: diálogo do Sistema Interamericano De Direitos e a Jurisdição Constitucional Nacional	
Grégora Beatriz Hoffmann	94
Políticas de atendimento: a saúde na identificação e enfrentamento do trabalho infantil	
Higor Neves de Freitas.....	103
O controle social diante da ruptura entre povo e instituições	
Caroline Muller Bitencourt e Davi Michels Ilha.....	110
A atuação do Conselho Tutelar na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes	
Maria Eliza Leal Cabral Meline Tainah Kern	121
O reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal: a decisão do STF frente à tridimensionalidade do direito em Miguel Reale	
Caroline Rabello Cabreira de Souza e Michel Alisson da Silva	127
Os efeitos da sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade, à luz da garantia constitucional do direito à herança e da isonomia	
Evelyn Silva de Sousa e Priscila Zilles de Almeida.....	136
O papel do poder judiciário nas democracias contemporâneas	
Thiago Carolo Schnarndorf e Amanda Büttenbender Medeiros	149
Renúncia a direitos fundamentais	
Vitória Souza Pagnussat	161

CAPÍTULO 2

GT2: ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIOS

Apontamentos introdutórios em relação ao controle externo da aAdministração Pública no Brasil Chaiene Meira de Oliveira e Rogério Gesta Leal	174
A aplicabilidade (ou não) do Código de Defesa do Consumidor no âmbito notarial e registral: uma forma de concretização da solidariedade Jorge Renato dos Reis e Érica Veiga Alves	181
O trabalho infantil doméstico e suas consequências na formação escolar da criança e do adolescente da rede pública do Estado do Rio Grande do Sul Jadir Zaro e Leandro Oliveira Persson	187
A invasão aos direitos fundamentais do trabalhador mediante prestação de serviço na modalidade de teletrabalho Eduarda de Souza Carvalho e Eliziane Fardin Vargas.....	197
A necessária regeneração da democracia representativa por meio da participação cidadã em conselhos deliberativos Roberta de Moura Ertel.....	207
Casos de improbidade administrativa nos municípios do Rio Grande do Sul: uma análise da importância da transparência como ferramenta para o controle social Betieli da Rosa Sauzem Machado e Daniela Arguilar Camargo	220
Os direitos dos desiguais e desconectados: um olhar para a cidadania dos movimentos migratórios Teylor da Rosa Alves e Luiza Beskow Pelegrini	233
Confluências entre democracia representativa e um cenário de descrença nas instituições Ana Paula Cordeiro Krug.....	242
Uma análise da (não) aplicação do Princípio da Precaução no Direito Ambiental Internacional Rafaela Caobelli Oliveira	249

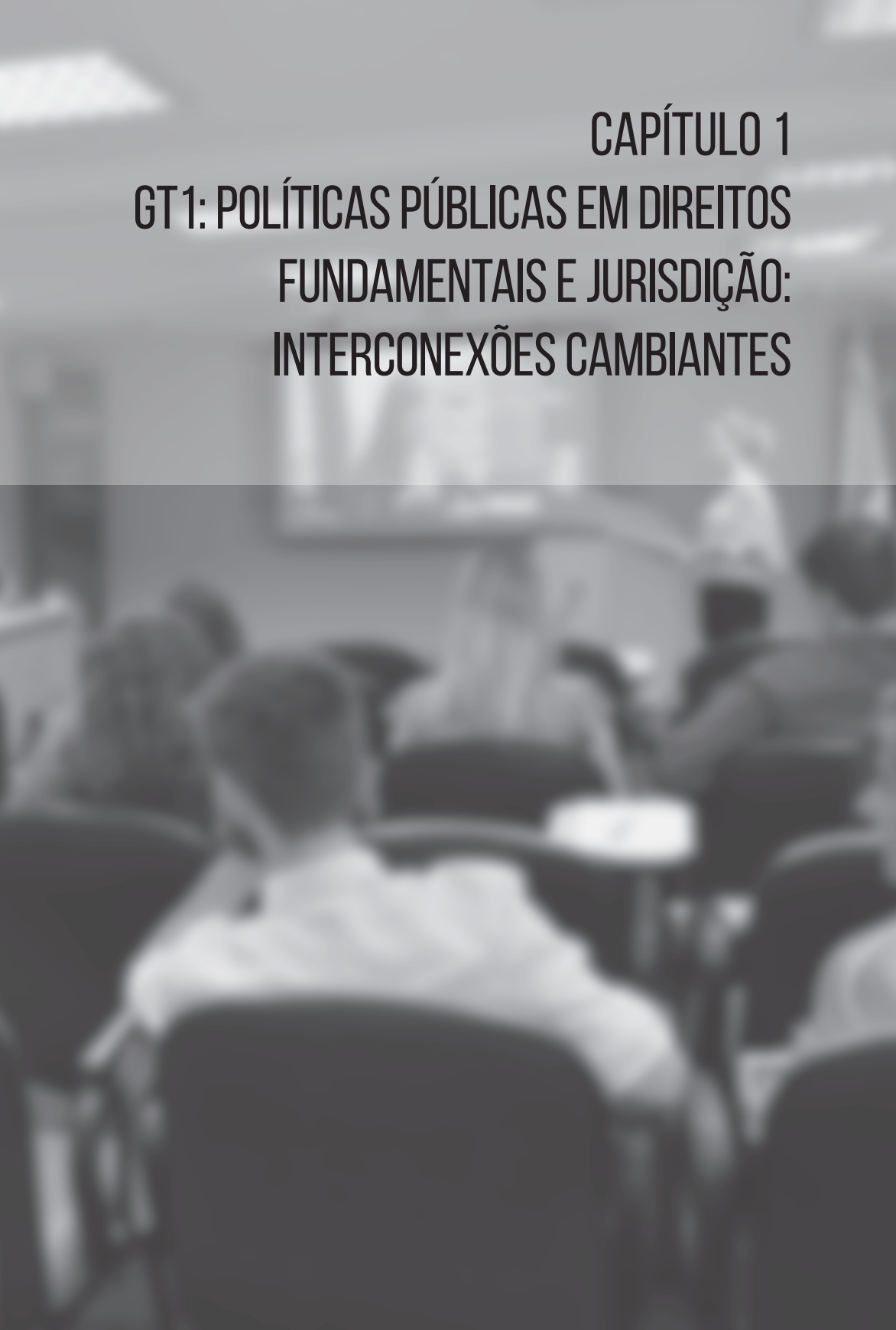
A transformação do dever do Estado e os impactos ocasionados no âmbito da autonomia da vontade privada Diego Dutra Wallauer e Eduarda Schilling Lanfredi	259
A responsabilidade civil dos atos de inteligência artificial no direito do consumidor Arthur Künzel Salomão	271
A charge eletrônica e a política contemporânea Fernanda Schwertner.....	283
A responsabilidade civil dos atos causados pela inteligência artificial e a necessidade de regulamentação Sílvia Levenfus	297

CAPÍTULO 3

SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE

Os ataques às cortes constitucionais e a interpretação não constrangida do direito como manifestações de um estado pós-democrático Francisco Kliemann A Campis	310
O uso de criptomoedas para a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo Flávia Miranda Falcão e Júlia Beresniack Scheirr	323
Os desafios atuais para o Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e organizações terroristas Vitor Fontana de Ávila.....	329





CAPÍTULO 1
GT1: POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS
FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO:
INTERCONEXÕES CAMBIANTES

Da força vinculante das decisões judiciais fundamentadas nos valores da integridade, estabilidade, coerência e correção: um contributo à harmonização de uma desejável jurisprudência pós-CPC/2015

On the binding force of judicial decisions based on the values of integrity, stability, coherence and correctness: a contribution to the harmonization of a desirable jurisprudence (case-law) after the CPC/2015.

Lucas Moreschi Paulo¹

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo precípua a análise teórica da formação da jurisprudência de uma sistemática jurídica a partir da nova realidade criada pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 926, expressa a preocupação com o adimplemento do princípio da segurança jurídica por meio de um dever de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente. Assim, pela melhor interpretação teleológica, veri-

1 Bacharelado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS). Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo professor doutor Anízio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo professor doutor Francisco José Borges Motta, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP-RS e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com

fica-se um movimento histórico de conceber caráter vinculante a determinados pronunciamentos dos tribunais – mantendo a possibilidade de serem reconhecidos outros precedentes jurisprudenciais, isto é, meramente persuasivos.

A finalidade desta mudança fundamentou-se na garantia de maior racionalização da interpretação e aplicação do direito, ao mesmo tempo em que ajudaria a reduzir a discricionariedade judicial e o ativismo judicial. Os princípios da igualdade e da segurança jurídica, normalmente elencados para justificar a teoria dos precedentes, são consequências colaterais do atendimento da racionalidade e universalidade das decisões. Então, com a nova imposição de obrigatoriedade na observância de certos pronunciamentos vinculantes, espera-se que ocorra, gradativamente, verdadeira mudança jurídico-institucional da ordem jurídica nacional, ao passo de uma maior valorização instrumentalário-processual do princípio da segurança jurídica.

Contudo, não é interessante a constatação de que a sistemática jurídica, pela simples valorização dos precedentes, tornando-os vinculantes, ganhará racionalidade e, por isso, será mais correta. Necessita-se, portanto, aliado à noção de um sistema judicial, que se utilize dos precedentes como base para o adimplemento de uma estabilidade da jurisprudência e o estabelecimento de critérios que corrijam o conteúdo material. Assim sendo, verifica-se que não é suficiente que o sistema jurídico seja perfeitamente estável, coerente e uníssono, se o conteúdo material das decisões judiciais ferir outros direitos fundamentais. Torna-se, então, necessária uma maior discussão sobre a correção das decisões judiciais, em especial, daqueles pronunciamentos cujo o Código de Processo Civil de 2015 prevê a vinculatividade obrigatória de sua tese, inclusive, na maioria dos casos, com a possibilidade de apresentação de reclamação (artigo 988/CPC) para o “fazer-se cumprir” desses pronunciamentos judiciais alçados ao status jurídico diferenciado de precedentes obrigatórios.

A esse efeito, importa estabelecer, primeiramente, em linhas gerais, os conceitos históricos do que vem a ser o Direito, ou o fenômeno jurídico, e quais sempre foram os seus objetivos. Após, demonstrar-se-á que, se na ideia do Direito estão imbricadas as noções de justiça formal, necessariamente devem existir

mecanismos teóricos e processuais para a garantia de certa ordem, motivo pelo qual se mostram imprescindíveis os conceitos de segurança jurídica, igualdade e coerência. Por derradeiro, estabelecer-se-á uma conexão entre os mecanismos de harmonização de jurisprudência e o alcance do fim conceitualmente precípua do direito, a justiça, enquanto sendo a materialização de um certo bem da vida; e cuja destinação deverá advir de decisões jurídicas fundamentadas, cumprindo o dever de correção, bem como de decisões que atentem aos deveres de coerência, integridade e estabilidade para com a jurisprudência, a partir da observância dos precedentes obrigatoriamente vinculantes.

Ao final, portanto, ficará argumentado que, embora seja saudável ao Direito que existam instrumentos vinculantes das respostas juridicamente aceitas, em especial, dos casos relevantemente semelhantes que chegam em alto número aos tribunais, justificou-se, ao menos conceitualmente, necessária a preocupação acerca da correção do conteúdo material das decisões judiciais cuja *ratio decidendi* o Código de Processo Civil de 2015 fez (aprioristicamente) vinculante a partir de um argumento estritamente hierárquico da funcionalidade do sistema jurídico estatal. Conclui-se que os precedentes obrigatórios garantem maior segurança jurídica ao sistema, contudo, não importa apenas a racionalização do sistema, porquanto as decisões devem ser materialmente corretas. E então, poderá se argumentar que o paradigma cultural ocasionado pela aludida norma processual, além de resultar em uma desejável jurisprudência íntegra, estável e coerente, cumprindo os valores de padronização idealizados, resultou na implementação do dever de fundamentação das decisões que aplicam precedentes obrigatórios, ponderando aspectos materiais, consequências e a universalidade dos conceitos utilizados.

2 Objetivos

O objetivo central é analisar a formação de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente a partir das decisões estipuladas como obrigatoriamente vinculantes, demonstrando a necessidade de adaptação da prática jurídica ao novo paradigma cultural

de respeito à força vinculante dos precedentes obrigatórios inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Do mesmo modo, reputa-se necessária a análise sobre a necessidade conceitual de existir nas ordens jurídicas democráticas a previsão ope legis de instrumentos para a harmonização da jurisprudência, bem como a verificação de como um ordenamento jurídico mais seguro, harmônico e igualitário propicia uma maior racionalização do direito enquanto prática social.

3 Metodologia

Na presente pesquisa foi realizada uma abordagem lógico-dedutiva, utilizando-se do campo da Teoria do Direito, da Argumentação Jurídica e do Direito Processual Civil, tanto nacional quanto internacional, para verificação das premissas lançadas. Outrossim, utilizou-se como método de procedimento o monográfico por meio do estudo dos fenômenos jurídicos do Direito, da jurisprudência e da coerência, bem como dos conteúdos materiais dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, e a sistemática dos aludidos instrumentos de harmonização de jurisprudência.

O estudo desenvolveu-se a partir da abordagem qualitativa, com caráter exploratório, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, por meio de doutrina, contemplando também artigos jurídicos, revistas jurídicas, bem como normas constitucionais e infraconstitucionais. Deste modo, analisou-se que – conceitualmente – o direito, enquanto fruto da tradição da Europa ocidental, necessariamente exige que sua materialização se dê de modo igualitário, atribuindo respostas semelhantes às lides fundadas em realidades fáticas relevantemente similares, as quais já foram atribuídas, dentro do sistema, respostas jurídicas razoavelmente racionais e desejáveis e, portanto, replicáveis.

4 Fundamentação teórica

As bases culturais do direito da tradição europeia surgem na Grécia Antiga, a partir da junção entre o logos (razão) e o kósmos (cosmos), buscando replicar a ordem harmoniosa da physis

(natureza) nos fundamentos do nomos (lei que rege a pólis) e nas interpretações das expressões advindas das deusas Palas Atena (que simbolizava a prudência do direito) e Diké (que simbolizava o cumprimento da justiça), bem como da titânide Têmis (que simbolizava a autoridade do direito) (MASCARO, 2016, p. 29-31). Posteriormente, São Tomás de Aquino procurou compreender que a lei dos homens é feita aos moldes da lei divina e, uma vez que o homem é a centelha divina de Deus, as bases daquela já estariam incorporadas na consciência e nos corações humanos. Para São Tomás de Aquino, “a lei significa uma ordenação da razão no sentido do bem comum” (apud REALE, 2002, p. 608) e adentra na comunidade por mera promulgação.

Já em período posterior, o renascimento cultural procurou resgatar o pensamento jurídico do período clássico greco-romano, rompendo com a visão teocêntrica de sociedade e adotando uma visão humanista, a qual tinha seu fundamento ético no império das razões dos homens e não mais das razões de Deus. Contudo, antes de ocorrer o período iluminista, influenciado pelas ideias de Rousseau (2017), quando surgiram os primeiros ideários democráticos das sociedades modernas (Liberté, Egalité e Fraternité), houve o período dos estados absolutistas, momento em que foram suprimidas as liberdades individuais em troca da segurança. Castanheira Neves (1995, p. 13) comenta que “no horizonte humano-social surgiu a figura de um novo personagem, a soberania e o poder absoluto do Leviathan. O homem aceita-se o súdito de um Estado, e no direito vê a vontade expressa do seu poder soberano”. Para Hobbes (2002, p. 25-28), a concepção do estado absolutista era a da desordem natural, para quanto “o homem é o lobo do homem”, de modo que “a origem de todas as grandes e duradoras sociedades não provém da boa vontade recíproca que os homens tiveram uns para com os outros, mas do medo recíproco que uns tinham dos outros”.

Tempos depois, já com a doutrina de Hegel (1997), o direito se insere no contexto da eticidade histórico-dialética e, assim, passa a ser a expressão do político, isto é, a servir como verdadeiro e eficaz “instrumento normativo imposto imperativo-coactivamente pelo Estado nas suas leis – as quais passaram do mesmo modo a entender-se tão só com um fundamento político

para uma teleologia de oportunidade” (CASTANHEIRA NEVES, 1976, p. 18). Desta feita, o direito, nesta nova concepção de organização estatal, movido por um mote econômico-político, decaiu daquele sentido metafísico clássico de ser a expressão de uma ordem cósmica, ou a expressão de um justo aeterno, e passou a ser instrumento de subjugação das vontades, em um imperativo categórico apriorístico que promete resolver os casos abstratamente.

Com o paradigma de instrumentalização das respostas jurídicas a priori, a partir de uma ficção normativa das leis, posteriormente aprimorada pela teoria pura do direito de Kelsen (2006), uma nova problemática surge, a da correta interpretação e aplicação do ordenamento jurídico como um todo (regras, princípios, jurisprudência, precedentes e cultura). Desse modo, não é de se olvidar que o julgador aplique as disposições legais que vinculam juridicamente apenas quando no seu conteúdo contiver a autêntica e intencional-material expressão do direito, uma vez que este é fenomenologicamente manifestado na realização de uma justiça cuja aplicação se dê de forma segura e equânime, devendo fazê-lo imprescindivelmente dentro de uma ordem de validade que não atente aos critérios mínimos de correção dos mandamentos jurídicos.

Tais critérios, necessariamente relacionados ao sentido conceitual do Direito, estabelecem verdadeira conexão com valores socioculturais comunitários. Entre outros (verdadeiros) princípios estruturantes da fenomenologia jurídica, necessariamente estará, como visto, o princípio da segurança jurídica. Este abarca a previsibilidade das decisões judiciais e a confiabilidade legítima que, juntamente ao dever de coerência, fundamenta e é fundamentada pela necessária observância à igualdade de tratamento (respeitado o *discrímen*) (ÁVILA, 2011, p. 152). Então, vislumbra-se um sistema jurídico coerente enquanto um ordenamento jurídico como um todo que possa, não isoladamente, encontrar seus fundamentos a partir da análise das decisões jurídicas e contingenciais, de maneira a poder extrair o sentido axiológico-normativo de coordenação das condutas sócio-humanas.

A coerência, enquanto qualidade incorporada por uma ordem jurídica, deve garantir um tratamento igualitário, por parte

do Estado, aos indivíduos que pugnam em situações relevantemente semelhantes (ALEXY, 2011b, p. 271), de modo que suas respostas sejam orientadas pelas mesmas razões, quando cabíveis, e por fundamentadas razões quando incabíveis. Igualmente, a coerência deve garantir que o sistema jurídico se manifeste, primordialmente, de maneira segura, isto é, que os resultados dados pelo poder público às controvérsias jurídicas sejam, se não já conhecidos, porque historicamente aplicados, calculáveis, ou então previsíveis, à maneira de não inovar de forma irracional, incoerente e injusta na ordem jurídica.

Daí que o direito conceitualmente necessita de mecanismos aptos a garantir e indicar aos aplicadores daquele quais são as respostas juridicamente aceitáveis a serem replicadas aos casos relevantemente semelhantes nos quais tal resposta se mostre razoável e adequada. Assim, surge na discussão a instrumentária dos precedentes, vinculantes e obrigatórios, enquanto ferramenta apropriada a harmonizar a jurisprudência e garantir o respeito adequado à segurança jurídica e à igualdade. Todavia, o precedente é originalmente derivado da cultura do common law, que se preocupa com uma prática deliberativa cooperativa e continuada, cuja intenção imediata não é a aplicação ou criação de normas de condutas aprioristicamente, como tradicionalmente é nos ordenamentos jurídicos de cultura romano-germânica, mas a de solução judicativa de problemas práticos que surgem da vida em sociedade.

Nesse contexto, foram criados no Brasil, os precedentes cuja vinculatividade de ratio decidendi é imperativo-categórica aos casos relevantemente semelhantes; tais hipóteses, pensadas para garantir maior isonomia, segurança jurídica e economia processual do sistema jurídico (ROSITO, 2012, p. 158), encontram-se na lei nº. 13.256/2015, notadamente no rol exemplificativo do artigo 927. Ainda, nas hipóteses de cabimento dos dois institutos pensados para compelir a vinculatividade obrigatória de alguns julgamentos, há a Reclamação, prevista nos artigos 988 e ss./CPC, e o Regime de julgamento de Recursos Repetitivos, cuja observância é requisitada a partir de uma interpretação teleológico-sistemático do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil. Aqui a vinculatividade se dá em “razão do princípio da uni-

versalidade e na regra formal de justiça de tratar igualmente os iguais. Casos semelhantes, em seus aspectos essenciais, devem receber semelhantes interpretações e qualificações jurídicas” (GAVIÃO FILHO, 2016, p. 35).

Contudo, não se pode reputar o sistema jurídico enquanto sendo racional apenas sob o aspecto de harmonização e previsibilidade de tais respostas jurisdicionais a problemas práticos, sobretudo porque há necessária observância ao conteúdo material destas decisões (que da mesma forma deve estar alinhado ao dos casos componentes daquela jurisprudência contemplada). Assim, ao respeitar o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem como do comando sistemático insculpido aos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, e, mais recentemente ao artigo 20 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), têm-se que às fundamentações e justificações adotadas argumentativamente para interpretar e aplicar o direito deverão considerar (e adimplir) alguns requisitos adicionais para terem suas decisões consideradas corrigidas. Entre tais exigências estão, além dos deveres de coerência e observância dos precedentes vinculantes, a consideração das consequências práticas das decisões que apliquem valores jurídicos abstratos, como bem alertava MacCormick (2006, p. 225):

A justificação da decisão deverá depender da avaliação ponderada da relativa, ou comparativa, conveniência ou inconveniência das consequências que a decisão, enquanto decisão de princípio, acarretará. Entretanto, caberá apenas à esfera de ação dos juizes, e não da legislatura, fazer esse tipo de avaliação e pô-la em vigor se existir dentro da lei conflito entre analogias, normas gerais ou princípios, de tal modo que se possa demonstrar que a decisão – qualquer que seja – está amparada pela lei vigente muito embora não tenha sido determinada num sentido ou no outro por uma norma inequívoca de caráter obrigatório. (MACCORMICK, 2006, p. 225).

Desse modo, no estudo da correção, é importante estabelecer que, para Alexy (2011b, p. 317), negar a existência de uma relação necessária entre a racionalidade discursiva e a jurídica seria cair em uma contradição performativa “e, por isso, seria incorreta não só por razões morais”, mas também porque em

toda a decisão judicial necessariamente se tem a pretensão de que o direito se aplica corretamente, não apenas materialmente, mas moralmente. Portanto, advêm a possibilidade de o direito pretender à correção material sob uma ótica moral.

O Argumento da correção (Richtigkeitsargument) constitui a base da argumentação por princípios (ALEXY, 2011a, p. 43). Esse reconhece a aplicação não apenas de regras para a solução das controvérsias jurídicas, isto é, os mandamentos de otimização, e, também, do argumento da injustiça, aquele que determina que um direito desconectado da moral, na perspectiva do participante, como o juiz, tanto na perspectiva individual, quanto na sistemática, fatalmente será um direito injusto. O Argumento da correção, “afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente a pretensão de correção” (ALEXY, 2011a, p. 43), que é sobretudo uma pretensão à justiça, sob pena de serem juridicamente defeituosos. Assim, os diversos participantes de um sistema jurídico, bem como ele mesmo, formulam necessariamente uma pretensão de correção (Anspruch auf Richtigkeit) (ALEXY, 2011a, passim).

Segundo Alexy (2011b, p. 212), “em todas as formas de discurso jurídico se efetuam fundamentações [...] quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, sua afirmação correta”. Assim, um sistema jurídico moralmente justificado leva a uma conexão necessária que vale para todos os ramos do sistema jurídico a ponto de admitir a manutenção de um sistema jurídico como o do nacional-socialismo, que se baseou em princípios (Rassen und Führerprinzip) (ALEXY, 2011a, p. 94). Daí a importância de saber que a pretensão à correção implica uma pretensão à fundamentabilidade. Assim, a preocupação

Não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta. A conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base. (ALEXY, 2011a, p. 94-95).

Nesse sentido, a pretensão à correção, necessariamente vinculada ao direito por incluir aspectos morais justificativos, é a razão para que uma violação à moral correta se manifeste em imperfeição jurídica, embora não a leve à perda da qualidade de direito (ALEXY, 2011a, p. 96).

Outrossim, os instrumentos jurídicos que servem de referencial interpretativo para solucionar casos análogos e futuros, diz-se, precedentes, servem para promover, de maneira mais fácil, a estabilidade e a harmonização da jurisprudência, quando cabível, a ponto de afastar ultrajantes arbitrariedades, o que promove segurança jurídica ao sistema. Tal compreensão não significa engessamento (TOVAR, 2018, p. 323), mas, sobretudo,

Estabelece a necessidade de uma forte carga argumentativa para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, caput e § 1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o overruling ou distinguishing nos moldes do art. 489, § 1º, VI, CPC. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 385).

Deste modo, não se admitiria, sobretudo na formulação de teorias que busquem a racionalização do discurso jurídico e a aproximação da concretização de critérios de justiça, coerência e universalidade das razões (MACCORMICK, 2008, p. 264), que tais noções conduzissem a um produto jurídico que o padronizasse para sempre, em uma imutável ordem de cogência ahistórica. Nesse sentido, os instrumentos jurídicos que servem de referencial interpretativo para solucionar casos análogos e futuros, ou seja, precedentes, servem para promover de maneira mais fácil a estabilidade e a harmonização da jurisprudência, quando cabível, a ponto de afastar ultrajantes arbitrariedades e promover segurança jurídica ao sistema.

Da mesma maneira, conceitualmente e a partir de mecanismos processuais, admite-se que os precedentes podem ter suas teses revistas, adaptas e atualizadas, não correndo o risco de promover a estagnação ahistórica do direito. Portanto, a igualdade, enquanto princípio, muito se beneficia quando encontra

respaldo garantidor dentro de uma sistemática funcional de um dos poderes do Estado, nesse caso, do Poder Judiciário.

Assim, à guisa de fechamento da presente discussão, tem-se por evidente que a argumentação jurídica possui protagonismo na busca de soluções melhores, mais aceitáveis e corretas, por meio de um pensamento racional e, por consequência, de um discurso racional. Assim, tem-se verdadeira instrumentária aos operadores do direito, em especial aos juízes, para que se busque a uma decisão correta, isto é, fundamentável sob a perspectiva de uma moral (que seja suscetível à verificação racional) (ALEXY, 2011b, p. 211-214). Além disso, mostra-se racionalmente corrigida e justificada a decisão judicial que fundamenta uma resposta na utilização dos precedentes daquela realidade jurídica e que, nesse sentido, conserva e atenta à coerência daquele sistema jurídico. Constitui-se, assim, em última medida, a tão desejável jurisprudência íntegra, estável e coerente, cujas respostas encontram-se corrigidas sob um aspecto material e não tão somente sob a égide da previsibilidade formal das respostas jurisdicionais.

5 Resultados

Observa-se, do estudo, que ao conceito de Direito necessariamente está imbricada a noção de que a prática desse deve se fundamentar e perseguir os ideais inculpidos nos princípios da segurança jurídica e da igualdade. Destarte, justificou-se que os instrumentos processuais que buscam a harmonização da jurisprudência não têm apenas o caráter vinculante, porquanto são instrumentos aptos a promoverem verdadeira alteração do paradigma cultural-institucional da ordem jurídica, de modo a compelir, mesmo que apenas moralmente, juízes e tribunais a atentarem ao sentido material da jurisprudência. Desta feita, os operadores do direito estarão habilitados a defender a preocupação do Código de Processo Civil para com uma jurisprudência mais íntegra, estável, coerente, correta e, portanto, mais desejável.

6 Conclusões

O Direito, enquanto fruto da prática social-comunitária fundada na observância de princípios universais, entre os quais

estão sensivelmente presentes os princípios da igualdade e da segurança jurídica, não é satisfeito apenas pela interpretação e aplicação racional das normas jurídicas, porquanto, necessariamente, deve ter sua prática coordenada sob uma perspectiva histórico-institucional de salvaguarda das justas expectativas dos cidadãos. Os direitos destes, do mesmo modo, devem ser tratados como iguais perante quaisquer circunstâncias relevantemente semelhantes e devem ter como paradigmas respostas juridicamente aceitáveis, igualmente.

Desse modo, para uma melhor interpretação teleológica da ordem jurídica como um todo é imprescindível que essa se funde em uma prática racionalizada, que resolva os problemas que emergem da sociedade e não discrimine quem não possa ser discriminado, devendo, necessariamente, postular por uma jurisprudência harmoniosa sob o aspecto da prática coerente do Direito. E então, se respeitadas tais postulações, valores e deveres, poder-se-á verificar o fruto de tais preocupações na identificação de uma jurisprudência íntegra, estável e coerente, cujo sentido material da juridicidade encontre-se respaldado por critérios racionais.

Referências

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011a.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011b.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência

na criação e na aplicação do direito público. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, p. 1, 26 abr. 2018.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta:** Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Justiça e Direito.** Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (coord.). **Precedentes.** Coleção grandes temas do novo CPC, v. 3. Salvador: Juspodium, 2015.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HEGEL. Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** Trad. Orlando Vitorino. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos Precedentes Judiciais:** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social ou Princípios do Direito Político.** Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2017.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e Decisão Judicial:** elementos para a compreensão de uma resposta adequada. Salvador: Juspodium, 2018.

O papel do Poder Judiciário na Democracia Constitucional segundo a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas¹

The role of the Judicial Power in constitutional democracy according to the Proceduralist Theory of Jürgen Habermas

Bruno Ruiz de Souza²

Éder Renato Martins Siqueira³

Grupo de trabalho

Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes.

Tema

O papel do Poder Judiciário na democracia constitucional segundo a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas.

Problema

Haveria na teoria procedimentalista de Jürgen Habermas uma forma de estabelecer o papel do poder judiciário na prestação jurisdicional a partir dos parâmetros democráticos constitucionais?

1 Trabalho oriundo dos estudos do Grupo de Pesquisa da Fundação Escola Superior do Ministério, sob a coordenação da professora doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger: Direito, decolonialidade e estudos subalternos: estudo dos marcos teóricos e epistêmicos do constitucionalismo moderno/colonial e do “novo” constitucionalismo latino-americano.

2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado. E-mail: brui-zdesouza@gmail.com

3 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado. E-mail: eder@eder.rs

Hipóteses

O presente trabalho dedica-se a explorar a visão procedimentalista da democracia, por meio da política deliberativa, e o papel do judiciário nessa seara conceitual, conforme a teoria do filósofo alemão Jürgen Habermas. Para tanto serão examinados alguns dos muitos conceitos trazidos pelo autor na densa e extensa obra denominada, na edição brasileira, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (volumes I e II).

No primeiro tópico será feita a análise da cooriginalidade dos direitos humanos com a soberania popular, elaborados em uma proposta conciliatória entre autonomia pública e privada pelo autor. A seguir, serão tratados conceitos como política deliberativa e teoria do discurso, para, então, ser examinada a visão procedimentalista da democracia deliberativa. Por fim, explorar-se-á o papel do judiciário no âmbito da teoria estudada, de forma a entender o posicionamento desse perante a democracia constitucional deliberativa. Para tanto, será feita a revisão bibliográfica da citada obra, assim como outras obras que examinam a teoria do autor.

Os conceitos de constitucionalismo e democracia possuem uma contradição aparente, visto que os direitos humanos fundamentais previstos nas constituições contemporâneas, e, a princípio, imutáveis, podem ser vistos como um entrave ao pleno exercício das deliberações impostas pela maioria popular. Tal contraposição pode ser vista como uma disputa histórica entre direitos humanos e soberania popular, para qual Habermas propõe uma conciliação mediante a teoria da cogênese de ambos; tese que concerne diretamente à questão dos limites da jurisdição constitucional na tutela dos direitos fundamentais (MELLO, 2004, p. 43).

Assim, direitos humanos e soberania popular, os quais garantem a autonomia privada e pública dos indivíduos, são idealizados como cooriginários em uma sociedade democrática, não podendo um se sobrepor ou se subordinar ao outro. A ideia é a de que o princípio da democracia advém da interligação entre o princípio do discurso – o qual pressupõe um debate equânime entre todos os associados no intuito de uma deliberação que será

destinada a todos os envolvidos – e a forma jurídica, o que, então, produz a gênese lógica dos direitos.

Para que haja esse debate, os indivíduos já gozam de direitos fundamentais resultantes da configuração politicamente autônoma do Direito, garantindo tais direitos o status de sujeitos de direito, permitindo-lhes a postulação judicial de Direitos. Em um próximo passo os sujeitos assumem a autoria da ordem jurídica, passando a gozar dos direitos políticos que asseguram a participação em igualdade de chances nas deliberações e decisões relevantes para a legislação, assim como a previsão de direitos à concessão de condições materiais que permitam ao indivíduo gozar dos direitos civis antes adquiridos (MELLO, 2004, p. 43-5).

Nas palavras de Habermas (2003, p. 139),

A co-originalidade [sic] da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 139).

Assim, em síntese, os direitos fundamentais e a soberania popular, exercidos por meio da autonomia privada e pública, possuem uma mútua relação de causa e consequência, visto que os indivíduos somente podem deliberar democraticamente, mediados pela teoria do discurso, se se valerem da autonomia, liberdade e igualdade reconhecida entre os estes, assim como essas condições lhes serão garantidas apenas por meio de uma deliberação em forma de debate público. Tem-se, assim, a cooriginariedade dos direitos humanos com a soberania popular.

A ideia é a de que o direito positivo e o regime democrático são tanto produto quanto pré-requisito um do outro. Desta forma, a lei somente satisfaz o princípio do discurso se for feita dentro de um processo democrático, e este, por seu turno, terá legitimidade somente se operado dentro dos parâmetros da própria lei (BEATTY, 2014, p. 41). Destarte os direitos humanos

não são impostos como restrição externa ao legislador político, tampouco se deixam instrumentalizar como requisitos funcionais para seus fins político-legislativos. Considera-se, portanto, o procedimento democrático com suas deliberações exercidas por meio da teoria do discurso como força legitimadora ao processo legislativo (OLIVEIRA, 2007, p. 18-9).

Em uma sociedade complexa e heterogênea não existiria espaço para a previsão de valores pré-discursivos, pressupondo que estes sejam naturais ou não problematizados. Habermas propõe um modelo de legitimação do direito a partir de integração social e produção de aceitabilidade racional, reforçando a linha procedimentalista, esta agregada pela ética discursiva. O direito legítimo é fruto de arranjos comunicativos em situação de igualdade participativa orientada pelo entendimento. Trata-se de uma construção, não sendo dado a priori, por isso, as autonomias privada e pública não são antagônicas ou independentes. Há uma interação proposta pela conjugação de interesses. Passa-se da positividade a priori para a positividade a posteriori, tornando visível o valor da negociação e do consenso como elementos essenciais no processo decisório. Por isso, neste contexto, o Estado adquire outro caráter, o de soberano ou nacional, transformando-se em cooperativo, conforme apregoa também Heberle (PEREIRA, 2010, p. 75-84).

Habermas (2003, p. 18) assevera que o processo da política deliberativa constitui o cerne do processo democrático e, pela perspectiva liberal, este processo se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses baseados nos direitos fundamentais liberais. Já a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade concretizando-se por meio do autoentendimento ético-político. O conteúdo da deliberação necessita do respaldo do consenso entre os sujeitos privados, o qual é exercido pelas vias culturais.

O autor propõe, pois, a teoria do discurso, que conjuga elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisões. Em essência, por este prisma, o processo democrático e a razão prática deste passam dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as re-

gras do discurso e as formas de argumentação. Estes extraem o conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento, em última análise, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa (HABERMAS, 2003, p. 19).

Em suma, a ética do discurso apresenta um procedimento com vistas ao resgate discursivo de pretensões de validade da norma. A ética do discurso pode ser caracterizada como formal, não apresentando uma plataforma de conteúdos preexistentes, mas apenas um processo, o discurso prático. Não é um processo para a produção de normas que se considerem justificadas pela ética do discurso, mas sim um processo orientado para vasculhar a validade da norma já apresentada. Os conteúdos devem ser oferecidos à ética do discurso, tendo esta a tarefa da regulação de uma matéria social controversa. No sentido formal não significa uma alienação aos conteúdos, mas sim que os conteúdos serão debatidos no centro do diálogo, buscando o consenso. Assim, as concepções isoladas e individuais serão postas de lado ante a aproximação da dialética com vistas ao consenso (Teoria da Universalização) (HABERMAS, 1989, p. 125).

Na visão republicana, a sociedade é uma sociedade política, distinta do Estado, sendo, assim, democracia sinônimo de autorregulação política da sociedade (p. 19-20). Na visão liberal, entretanto, essa separação entre aparelho do Estado e sociedade tem que ser superada pelo processo democrático. O equilíbrio entre ambos passa pelo Estado de Direito. O Estado não é um incômodo para o intercâmbio social espontâneo das pessoas privadas. No modelo liberal, não há autorregulação democrática das pessoas, mas sim uma normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica que visa garantir o bem comum às pessoas em condições de produzir (HABERMAS, 2003, p. 20).

Para a teoria do discurso, que se situa entre o republicanismo e o liberalismo, o surgimento de uma política deliberativa independe de uma cidadania capaz de agir coletivamente. Aquela baseia-se na institucionalização dos respectivos processos e pressupostos comunicacionais, bem como no jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal. A teoria do discurso dispensa a autorregulação da so-

cidade e a existência de normatização constitucional anêmica de valores, as quais regulam de modo neutro o equilíbrio do poder e dos interesses conforme o mercado (HABERMAS, 2003, p. 21). Ainda, conta com a intersubjetividade de processos de entendimento, situada em um nível superior, que se realizam por meio de procedimentos democráticos ou na teia comunicacional de esferas públicas políticas.

Há uma teia, composta pela formação pública da vontade, por decisões institucionalizadas e por deliberações legislativas, que forma um poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação, com legitimidade. Se na interpretação liberal a formação democrática da vontade tem como função única a legitimação do exercício do poder político, na interpretação republicana a vontade tem uma função muito mais importante, que é constituir a sociedade como uma comunidade política que mantém viva a cada eleição a consciência deste ato formador (HABERMAS, 2003, p. 22-3).

A teoria do discurso propõe que a opinião pública, transformada em poder comunicativo a partir de processos democráticos, não pode dominar por si mesma o uso do poder administrativo; entretanto, pode direcioná-lo, influenciando a direção das melhores decisões (HABERMAS, 2003, p. 23). Por isso, há a racionalização, que significa mais do que a simples legitimação, porém menos do que a constituição do poder. Aquela é um médium entre a absoluta legitimação e o absoluto exercício do poder, é o direcionamento, a influência e a intermediação.

A sociedade, na teoria do discurso, constitui uma arena para o tratamento de problemas de toda a sociedade, enquanto a soberania não necessita ser atribuída exclusivamente ao povo ou ao anonimato das competências jurídico-constitucionais. O poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e as esferas públicas mobilizadas culturalmente (Estado-sociedade), dirigindo-se para uma base formada pelas associações de uma sociedade civil que se distanciam tanto do Estado como da economia (HABERMAS, 2003, p. 24).

Na teoria do discurso, há o reconhecimento da política como um médium materializado por meio do direito. De qual-

quer modo, as deliberações políticas devem ser permeadas por uma socialização política esclarecida, extraída especialmente de associações que formam a opinião, dificultando as intervenções diretas do aparelho político (HABERMAS, 2003, p. 25).

Assim, Habermas defende a concepção democrática de controle de constitucionalidade pelo judiciário. O direito ocupa um espaço intermediário entre a moral e a realidade sem privilegiar nem prejudicar nenhum dos dois. O autor atribui, destarte, o papel de garantir a legitimidade do direito positivo, livrando os processos democráticos e as estruturas sociais de iniquidades e arbitrariedades, ao judiciário. A visão dele é a de que a democracia, pelo debate, é o meio ideal de solução de conflitos sociais e conciliação de ideologias e opiniões antagônicas por meio de amplo debate e da força do melhor argumento (BEATTY, 2014, p. 38-39).

Desta forma, verifica-se a legitimidade de uma lei analisando se todos os possíveis afetados por ela concordam com esta na posição de participantes de discussões racionais. Por este viés, o papel do judiciário passa a ser o de garantir que todos desfrutem de direitos e liberdades necessários à participação do discurso racional e de examinar os procedimentos democráticos pelos quais passa uma lei no intuito de julgar a legitimidade desta. Ressalta-se que para assegurar que a participação seja plenamente racional, o judiciário deve garantir, além do respeito aos direitos políticos, civis e jurídicos tradicionais, os direitos sociais e econômicos, não havendo, neste entendimento, lei legítima se os indivíduos não desfrutarem de toda a gama de direitos positivos e negativos. O Direito, por meio do discurso profissional do judiciário, é um meio de comunicação entre o moral e o empírico que cria um espaço no qual é possível efetivar a mediação social entre fatos e normas (BEATTY, 2014, p. 40).

Segundo a lógica habermasiana, a supervisão feita pelo judiciário deve ser ativa e de longo alcance no intuito de assegurar que o processo legislativo ocorra de acordo com as condições legitimadoras da política deliberativa. Para tanto, os direitos devem salvaguardar os cidadãos de todo e qualquer abuso de poder, incluindo-se o poder econômico e a pressão social, além,

obviamente, do poder administrativo do Estado (BEATTY, 2014, p. 42).

Ao fim de sua explanação a respeito dos processualistas, Beatty (2014, p. 44-46) pontua que estes, entre os quais está Habermas, falham em definir princípios neutros que assegurem que juízes não decidirão baseados em suas próprias convicções políticas. Em outras palavras, a teoria procedimentalista de Habermas não define bem os critérios nos quais o judiciário deve se basear no intuito de ser o grande garante do processo deliberativo democrático, ou seja, aquela determina muito bem os fins pretendidos, porém não define bem os meios a serem perseguidos. Nesse âmbito, Mello (2004, p. 51) entende que as competências atribuídas por Habermas ao judiciário (ou ao Tribunal Constitucional) não esclarecem os reais limites da jurisdição constitucional e da justiciabilidade dos direitos fundamentais em uma democracia deliberativa. Apesar da evidenciada vagueza do filósofo alemão neste âmbito específico, são possíveis algumas reflexões a respeito do papel do judiciário na democracia e talvez o esclarecimento de alguns problemas fáticos da prática judiciária, em especial quando se fala da realidade brasileira.

Nesse ponto, Leal (2014, p. 128-30) afirma que a separação entre direito e política, no nível de aplicação do direito, não é real, mas institucional, transformando-se a justiça em um poder político diferente dos demais apenas porque esta não toma decisões de antemão, nem tem fins políticos. A autora afirma que a jurisdição constitucional é um caso especial, pois, ainda que parte do poder judiciário esteja mais próxima da política, o controle jurisdicional de aplicação da constituição é muito mais político do que jurisdicional. Ocorre que o Estado Democrático de Direito se converteu em verdadeiro Estado Jurisdicional, uma vez que os novos textos constitucionais asseguram espaços para interpretações construtivas por parte dos tribunais, o que resulta em agigantamento da jurisdição.

Essa discussão adquire nova dimensão no contexto do neoconstitucionalismo que propugna a máxima efetividade dos direitos fundamentais, caracterizados por uma dimensão objetiva e especial preocupação com a "força normativa da constituição" (LEAL, 2014, p. 133). O problema aqui, especialmente na juris-

prudência das últimas duas décadas do Supremo Tribunal Federal (STF), é o caso, por exemplo, de não se ter um meio cientificamente eficiente de resolver o problema demandado e o tribunal, à guisa da concretização de direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, da máxima efetividade desses direitos, da garantia de mínimo existencial e da dignidade da pessoa, concede prestações individuais que comprometem toda uma política, de saúde pública, por exemplo, sem a consideração dos preceitos basilares do Estado democrático de Direito (LEAL, 2014, p. 133-134).

Tais concessões feitas pelo judiciário, por meio das quais se desconsidera uma política pública em prol da concretização imediata e individual de um direito, tornam-se uma clara afronta ao princípio democrático, se postas à luz da teoria procedimentalista da democracia deliberativa de Habermas. Isso pois, ao sobrepor uma política pública estabelecida em lei, a qual não é de forma alguma contrária aos pressupostos da autonomia pública e privada, exercendo-se a concretização de um direito individual com base em princípios constitucionais, se está desmerecendo todo o debate e a deliberação feita democraticamente no intuito de materializar a vontade dos associados àquela política pública.

Resultados

Se visto por um olhar desatento, a obra de Habermas, dada a sua densidade e profundidade, pode parecer um conjunto de abstrações filosóficas que em pouco ou nada tem relação com a realidade fática. Basta uma pequena análise, porém, para perceber que os conceitos trazidos pelo autor têm crucial importância tanto na análise quanto em possíveis manejos da realidade político-jurídico-social.

Vê-se que existe uma relação intrínseca e cooriginária dos direitos fundamentais com a soberania popular, exercidos pela autonomia privada e pública, e que esses possuem uma mútua relação de causa e consequência, visto que os indivíduos só podem deliberar democraticamente, mediados pela teoria do discurso, se se valerem de autonomia, liberdade e igualdade reconhecida entre os estes, assim como essas condições só lhes serão garantidas por uma deliberação por intermédio do debate público.

A teoria do discurso conjuga elementos tanto da visão liberal quanto da perspectiva republicana de democracia, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para deliberação e tomada de decisões. Em essência, por este prisma, o processo democrático e sua razão prática passam dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento.

Assim, Habermas defende a concepção democrática de controle de constitucionalidade pelo judiciário. O direito ocupa um espaço intermediário entre a moral e a realidade sem privilegiar nem prejudicar nenhum dos dois. Atribui, destarte, o papel de garantir legitimidade ao direito positivo, livrando os processos democráticos e as estruturas sociais de iniquidades e arbitrariedades, ao judiciário. A visão do autor é a de que a democracia é o meio ideal de solução de conflitos sociais e conciliação de ideologias e opiniões antagônicas, o que é feito por meio de amplo debate e da força do melhor argumento.

É evidenciada certa vagueza do autor especificamente a respeito dos critérios nos quais o judiciário deveria basear-se para efetivar o controle formal do debate democrático, não se solucionando, pois, questões dos chamados casos difíceis da realidade judiciária. Apesar disso, foram feitas algumas reflexões a respeito do papel do judiciário na democracia com o intuito de esclarecer alguns problemas fáticos da prática judiciária, em especial quando se fala da realidade brasileira. Neste aspecto conclui-se por uma exacerbada judicialização de questões que deveriam ser tratadas em deliberações públicas, por meio do debate, já que o judiciário não representa a soberania popular e, logo, é ilegítimo para decidir sobre questões políticas, devendo ater-se não ao conteúdo das deliberações, mas sim à forma como foram geradas.

Em contraponto, cabe salientar que o autor parte do pressuposto de que um debate hígido e saudável foi realizado pelo poder político e que fizeram parte da deliberação, diretamente ou indiretamente, todas as partes afetadas pela legislação

deliberada. Pressuposto este que é discutível na realidade das deliberações legislativas brasileiras.

Bibliografia

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I.. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Neoconstitucionalismo, Judicialização e Atuação do STF no Controle Jurisdiclonlal de Políticas Públicas**. Santiago: Ediciones Universidad Finis Terrae, 2014.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador: uma análise a partir da prática do ensino em casa (homeschooling) sob a ótica dos casos brasileiro e alemão

The theories of the margin of national appreciation and the margin of legislator: an analysis from homeschooling practice, based on brazilian and german cases

Maria Valentina de Moraes¹
Sabrina Santos Lima²

Resumo

As teorias da margem de apreciação nacional e do legislador tem como foco o reconhecimento, por parte dos Tribunais, de um espaço de atuação do legislador sobre questões pontuais em face dos princípios da soberania e da separação dos poderes. A partir disso, pretende-se analisar como essas teorias são empre-

-
- 1 Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Mestre em Direito pela UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo n°. 88887.156773/2017-00, Edital PGCI n° 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile (CECOCH). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: mariavalentina.23@hotmail.com
 - 2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES. Graduada em Direito pela UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9782118834420014>. E-mail: sa_94@hotmail.com

gadas pelos tribunais, utilizando-se como recorte para a presente pesquisa a prática de *homeschooling*. Assim, o problema central do trabalho calca-se no seguinte questionamento: a partir das decisões *Konrad v. Germany* e Recurso Extraordinário (RE) 888.815, como foi reconhecida a margem de apreciação nacional e do legislador quanto à prática de *homeschooling*? Utiliza-se, na estruturação e organização do texto, o método hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica e em análise de caso, partindo-se da hipótese de que as cortes admitem a adoção de uma margem de apreciação (nacional e do legislador) de forma fundamentada. A hipótese, ao final, é confirmada, concluindo-se que há o reconhecimento de uma margem de apreciação nacional por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Konrad v. Germany*, ao referir que cabe a cada Estado, no exercício da sua soberania, definir os critérios específicos para a prática de *homeschooling*. Do mesmo modo, verifica-se o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, de uma margem de apreciação do legislador, ao definir que a constitucionalidade da prática do ensino em casa depende de regulamentação da questão por parte do Legislativo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Controle de convencionalidade. *Homeschooling*. Margem de apreciação nacional. Margem de apreciação do legislador.

1 Problema

A partir da decisão *Konrad v. Germany* e do Recurso Extraordinário (RE) 888.815, como foi reconhecida a margem de apreciação nacional e do legislador quanto à prática de *homeschooling*?

2 Objetivo geral

Averiguar, a partir das decisões *Konrad v. Germany* e RE 888.815, como foi reconhecida a margem de apreciação nacional e do legislador quanto à prática de *homeschooling*.

2.1 Objetivos específicos

- a) Discorrer sobre os principais aspectos teóricos referentes às teorias da margem de apreciação nacional e do legislador;
- b) Analisar criticamente a decisão proferida no caso *Konrad v. Germany*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, referente à prática de *homeschooling*;
- c) Analisar criticamente o Recurso Extraordinário 888.815, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no que tange à prática de *homeschooling* no Brasil.

3 Metodologia

Utilizar-se-á para o desenvolvimento deste trabalho o método de abordagem hipotético-dedutivo. Este consiste tanto em análise doutrinária como em análise de caso, partindo-se da hipótese de que há o reconhecimento de uma margem de apreciação nacional, por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Konrad v. Germany*, assim como de uma margem de apreciação do legislador, por parte do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao Recurso Extraordinário 888.815, ambos referentes à prática de *homeschooling*.

O método procedimental, por sua vez, consiste no método analítico, por meio do qual buscar-se-á analisar duas decisões emblemáticas referentes à temática abordada. A técnica de pesquisa consubstanciar-se-á na utilização de documentação indireta, servindo o aporte doutrinário de embasamento, complementação e efetiva contribuição para a posterior análise das decisões judiciais.

4 Hipótese

Há o reconhecimento de uma margem de apreciação nacional, por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Konrad v. Germany*, assim como de uma margem de apreciação do legislador, por parte do Supremo Tribunal Federal no que tange ao Recurso Extraordinário 888.815, ambos referentes à prática de *homeschooling*.

5 Referencial teórico

As teorias da margem de apreciação do legislador e nacional apresentam-se em face dos princípios da Separação de Poderes e da Soberania Nacional, respectivamente, pautando-se no reconhecimento, por parte das cortes, de um espaço de atuação legislativa em determinadas questões. Em âmbito internacional, a margem de apreciação nacional possui origem no direito administrativo francês, como forma de controle da discricionariedade administrativa, “o poder discricionário, em casos paradigmáticos como o arrêt Gomel (1914) ou o mais conhecido arrêt La grande”³, pelo Conseil d’Etat (ESTAY, 2014, p. 378).

A margem de apreciação nacional, notadamente, configura-se como “uma atitude judicial de deferência em relação às autoridades internas, ao estarem colocadas em uma melhor posição para o ajuizamento de certos conflitos de interesses e responder democraticamente perante seu eleitorado”⁴ (ROCA, 2007, p. 142), “a linha na qual a supervisão internacional deve dar espaço para a discricionariedade do Estado Parte para promulgar ou fazer cumprir suas leis”⁵ (YOUROW, 1996, p. 13). Trata-se, pois, de uma construção jurisprudencial, sendo difícil encontrar uma caracterização definitiva sobre seu conteúdo (ROCA, 2007), atuando “como uma sorte de deferência em relação aos estados parte em casos complexos e sensíveis”⁶ (ALCALÁ, 2014, p. 560).

Já no que toca à margem de apreciação do legislador, em âmbito interno, é estabelecida uma relação com a divisão de Poderes do Estado e as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Há que se ter presente que o modelo de separação de poderes atual é restrito e estático, não voltado a uma atuação dialógica, conformando uma teoria política baseada em Montesquieu (2010), com traços feudalistas, que sistematizou as três funções estatais observadas por Aristóteles (deliberante,

3 Tradução livre de “o pouvoir discrétionnaire, en casos paradigmáticos como el arrêt Gomel (1914) o el más conocido arrêt La grande”.

4 Tradução livre de “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados”.

5 Tradução livre de “the line at which international supervision should give way to a State Party’s discretion in enacting or enforcing its laws”.

6 Tradução livre de “como una suerte de deferência hacia los estados partes em casos complexos y sensibles”.

executiva e judiciária) (SADDY, 2009) e pensado para uma organização social de muitos séculos atrás, muito mais simples, onde as funções estatais eram basicamente penais e de manutenção da ordem e defesa estatal e, portanto, distinta da atual (FERRAJOLI, 2008).

Logo, trata-se de reconhecer que determinadas questões são de competência legislativa, devendo agir o Poder Judiciário com deferência nesses casos. Tal margem de ação “confere ao legislador o poder de determinar ‘prioridades políticas’” (QUEIROZ, 2006, p. 48) e, conseqüentemente, torna-se um espaço no qual o Poder Legislativo determina a forma, as medidas, por quais meios e como direitos serão concretizados. Reconhecer essa margem de apreciação legislativa significa reconhecer “ que, dentro, das margens fixadas pela Constituição, o legislador goza de liberdade para o exercício de sua função”⁷ (ESTAY, 2014, p. 372).

Cabe, a partir de então, analisar como as teorias da margem de apreciação nacional e do legislador são empregadas pelos tribunais, utilizando-se como recorte da presente pesquisa a prática de *homeschooling*. Observa-se, antes de mais nada, que ainda não há posicionamento da Corte de San José sobre o tema, razão pela qual serão analisados a decisão brasileira proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o ensino em casa e o caso decidido pela Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à Alemanha, referido na decisão brasileira.

O caso *Konrad v. Germany*, julgado em 2006 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tem como solicitantes um casal e seus dois filhos. Aqueles pretendem serem autorizados a aderir ao modelo de ensino em casa, conhecido como *homeschooling*, ficando, assim, desobrigados a matricular os filhos em alguma escola convencional (privada ou estatal). O fundamento principal da solicitação centra-se no fato de que as escolas convencionais tratam de assuntos pontuais pela ótica da cientificidade, o que vai de encontro às visões religiosas da família, a citar como exemplo a abordagem da forma de criação do mundo e questões relacionadas à educação sexual (CORTE, 2006).

7 Tradução livre de “que, dentro de los márgenes fijados por la Constitución, el legislador goza de libertad para el ejercicio de su función”

A solicitação foi apreciada por órgãos internos, tanto na seara administrativa, a Corte Federal Administrativa alemã, como na seara judicial, a Corte Federal Constitucional, firmando ambas o mesmo entendimento no sentido de não conceder o pedido realizado pela família. Em razão da negativa interna, portanto, os solicitantes encaminharam o pedido perante a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) na tentativa de alcançarem um resultado diverso, o que não ocorreu, conforme se demonstrará (CORTE, 2006).

O argumento sustentado pela família no sentido de que uma educação completa⁸ fornecida no âmbito familiar poderia suprir a educação estatal (ou privada) foi refutado pela Corte. Esta justificou que a escola, além de ensinar conteúdos, é responsável pelo elemento “sociabilidade”, de modo que as crianças que porventura não venham a frequentá-la estariam privadas do contato com outras crianças, com outras realidades e com outras origens. Dito de outro modo, a escola não serve apenas para ensinar conteúdos, mas também como ferramenta no desenvolvimento das habilidades sociais das crianças, integrando-as de modo que “A obrigação estatal em prover educação não limita-se apenas à aquisição de conhecimento, mas também à educação de cidadãos responsáveis para participarem de uma sociedade democrática e plural”⁹ (CORTE, 2006, p. 3).

Nesse contexto, a Corte Europeia de Direitos Humanos se manifesta no sentido de reconhecer os argumentos suscitados pelo Estado, notadamente no que se refere à função da escola para além da transmissão e construção do conhecimento. Isto é, aquela reconhece a escola enquanto órgão responsável também pela integração das crianças na vida social (“a integração e as primeiras experiências sociais são objetivos importantes do ensino fundamental”¹⁰) (CORTE, 2006, p. 7). A partir disso, pois, adota o conceito de “margem de apreciação”, compreendendo que os

8 A família inclusive alegou que o estudo familiar estaria amparado por uma instituição que guiaria e auxiliaria a condução do ensino.

9 Tradução livre de “the State’s obligation to provide education did not only concern the acquisition of knowledge, but also the education of responsible citizens to participate in a democratic and pluralistic society”

10 Tradução livre de integration into and first experiences of society are important goals in primary-school education”.

critérios e as regras dos sistemas educacionais cabem aos próprios Estados, ou seja, “a corte [...] se enquadra na margem de apreciação dos Estados pactuados ao estabelecer e interpretar regras para seus sistemas educacionais”¹¹(CORTE, 2006, p. 7).

Assim, muito embora a Corte EDH se mostre favorável aos fundamentos do Estado, ela não firma um entendimento geral nesse sentido e muito menos fixa critérios específicos para o ensino em casa (*homeschooling*), deixando essa tarefa para cada Estado, no exercício da sua soberania e de acordo com as suas particularidades, regulamentar e especificar os requisitos das possibilidades do exercício desse modo de ensino (CORTE, 2006).

Outro argumento suscitado pelos pais na decisão calca-se no fato de que o tribunal interno já havia autorizado a prática de *homeschooling* para outras famílias, famílias das quais os pais trabalham no exterior ou que não se estabelecem de modo permanente devido aos pais viajarem constantemente em razão da profissão. Assim, os solicitantes alegam sofrer discriminação, pois no seu caso, em razão de motivos religiosos, lhes foi negada a liberação da matrícula compulsória de seus filhos na escola (CORTE, 2006). O direito à não-discriminação, da mesma forma como ocorre no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos¹², está previsto expressamente na Convenção Europeia, em seu artigo 14 (EUROPEAN, 1950), e segue a lógica de proibição de discriminação a qualquer pessoa em razão de raça, cor, etnia, religião, língua, entre outros, tanto a partir da lógica de uma dimensão negativa (omissão), como positiva (obrigação de adotar medidas que venham a compensar possíveis desigualdades fáticas). Nessa linha,

o Tribunal reitera que, para os fins do artigo 14 da Convenção, é discriminatória a diferença de tratamento entre pessoas em posições análogas ou de relevância similar se não existir uma justificativa objetiva e razoável, ou seja, se não buscar um objetivo legítimo ou se não houver uma relação

11 Tradução livre de “the Court [...] falls within the Contracting States’ margin of appreciation in setting up and interpreting rules for their education systems”.

12 4 No que tange ao Sistema Interamericano de Proteção, tanto na Convenção Americana, em seu artigo 1.1 (combinado com o artigo 24), como nas próprias sentenças condenatórias e opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se esse entendimento (CORTE, 2010).

razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo procurado para ser realizado. Além disso, os Estados Contratantes desfrutam de uma margem de apreciação ao avaliar se e em que medida as diferenças em situações semelhantes justificam um tratamento diferente (CORTE, 2006, p. 9).¹³

Isto é, a Corte EDH, mais uma vez, reforça a margem de apreciação nacional, definindo que os Estados gozam dessa margem para avaliar se e em que medida as diferenças em situações semelhantes justificam um tratamento diferente. A partir disso, então, pode-se dizer que no caso em tela o tribunal internacional vai ao encontro das ideias apontadas pelo Estado-parte, compreendendo-as como compatíveis com a Convenção Europeia de Direitos do Homem, e faz a ressalva de que os Estados gozam de uma margem de apreciação nacional no que tange aos critérios utilizados e às medidas de avaliação para apurar a existência (ou não) de discriminação em casos de tratamentos desiguais (CORTE, 2006).

Já no que tange à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, refere-se que as discussões sobre a possibilidade de educação domiciliar também fizeram parte da pauta legislativa¹⁴, executiva e judicial no Brasil, sendo a prática de *homeschooling* – e também de *unschooling* radical e moderado – declarada inconstitucional pelo STF por meio do Recurso Extraordinário nº. 888.815. A ação, originária do Rio Grande do Sul, sustentou-se fundamentalmente no direito à educação e à dignidade humana, sendo debatida a necessidade de regulamentação legislativa para a prática nos votos dos ministros (BRASIL, 2018).

Embora os posicionamentos apresentados pela Procuradoria-Geral da República e pela Advocacia-Geral da União, no sentido de inconstitucionalidade total do *homeschooling*, reconhece o Supremo Tribunal Federal que o ensino doméstico, desde que observados os critérios já existentes em lei e criada

13 Tradução livre de “the Court reiterates that, for the purposes of Article 14 of the Convention, a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. Moreover, the Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify different treatment”.

14 Projetos de Lei nº. 3179/2012, nº. 3261/2015, nº 10.185/2018 e nº 3159/2019.

uma regulamentação legislativa para sua ocorrência, possa tornar-se constitucional. O posicionamento adotado reconhece, assim, a autonomia legislativa e o espaço decisório do Congresso Nacional, sendo feitas referências aos projetos de lei em tramitação que buscam regulamentar o *homeschooling*, propondo o Ministro Roberto Barroso alguns critérios de regulamentação a partir do Projeto de Lei nº. 3.179 (BRASIL, 2018).

A necessidade de regulamentação legislativa é uma constante nos votos, observando o ministro Alexandre de Moraes que deve ser elaborado um “núcleo curricular comum a todos e que será discutido pelo Congresso Nacional e deverá ser estabelecido por legislação” (BRASIL, 2018, p. 68). A constitucionalidade da prática estaria atrelada, desse modo, à existência de requisitos fixados que permitam a supervisão, a fiscalização e o acompanhamento dos alunos por meio de avaliações realizadas periodicamente (BRASIL, 2018).

É demonstrada preocupação por parte do órgão judicial em compreender a vontade legislativa presente na não regulamentação específica do ensino em casa, sendo questionada, portanto, se essa trata-se de uma proibição ou simplesmente de uma matéria deixada a margem do legislador ordinário. A escolha dos pais por *homeschooling* estaria fundamentada na preocupação com o desenvolvimento escolar dos filhos, sendo a ineficiência da escola pública uma das razões que sustenta a opção – a qual se diferencia do *unschooling*, prática que considera que a educação das crianças e adolescentes é desnecessária (BRASIL, 2018).

No que se refere à margem de apreciação legislativa, prevalece um posicionamento de deferência legislativa, sendo reforçada a imprescindibilidade da regulamentação legal, ou seja, que “o ensino domiciliar somente existirá se houver criação e regulamentação pelo Congresso Nacional, por meio de lei federal” (BRASIL, 2018, p. 71) e, assim, “em que pese não ser vedado, ainda não foi criado e regulamentado por lei, e, consequentemente, não poder ser aplicado às crianças, jovens e adolescentes” (BRASIL, 2018, p. 75). Salienta o ministro Fachin que cabe ao legislador determinar padrões mínimos de ensino, referindo também o ministro Marco Aurélio o papel de legislador negativo que deve exercer o Poder Judiciário em face do Prin-

cípio da Separação de Poderes, reforçando um posicionamento deferente (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, também é trazido ao debate o fato de que a existência de projetos de lei ainda em tramitação, que não foram votados, denotaria uma falta de vontade legislativa em disciplinar a questão, transferindo-se ao mais alto tribunal do país a decisão. Assim, “quando o Parlamento não aprova uma lei, empurra-se o problema para o Judiciário, porque o Judiciário é que vai pagar o preço social da solução que ele adotar” (BRASIL, 2018, p. 103). Todavia, a declaração de inconstitucionalidade em razão da inexistência de regulamentação legislativa apresenta-se como posicionamento predominante, sendo vencidos os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármem Lúcia – os quais defenderam, mesmo diante de regulamentação infraconstitucional, a inconstitucionalidade do homeschooling (BRASIL, 2018).

Quanto ao posicionamento pela necessidade de lei que regulamente o ensino em casa, destacou o Ministro Fachin que não cabe ao Poder Judiciário, “considerando que não há mora legislativa, fixar os parâmetros pelos quais toda uma concepção pedagógica possa se ajustar às regras mínimas de garantia de padrão de qualidade e à fiscalização” (BRASIL, 2018, p. 98). Esse finaliza o voto fazendo um apelo ao legislador para que discipline a prática de homeschooling, utilizando a técnica, de origem alemã, na qual o Tribunal Constitucional “reconhece que uma lei ‘ainda é constitucional’, mas vai tornar-se inconstitucional em razão de determinados elementos espaciais ou temporais” (LEAL, 2007, p. 84). O ensino em casa, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal não é uma prática inconstitucional por si só, contudo, diante da sua não regulamentação pelo Congresso Nacional, torna-se inconstitucional.

6 Conclusão (resultados)

A partir do exposto, verifica-se que as teorias da margem de apreciação nacional e do legislador, que têm como base os princípios da soberania e da separação dos poderes, respectivamente, calcam-se no reconhecimento de um espaço de atuação

do legislador pelos Tribunais. Assim, ao compreender que determinadas questões pontuais cabem ao Poder Legislativo ou ao Estado decidir, as cortes adotam uma postura de deferência.

Desse modo, respondendo ao problema de pesquisa suscitado inicialmente, qual seja: a partir da decisão Konrad v. Germany e do Recurso Extraordinário 888.815, como foi reconhecida a margem de apreciação nacional e do legislador quanto à prática de homeschooling? Verifica-se o reconhecimento de uma margem de apreciação nacional por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso Konrad v. Germany, ao referir que cabe a cada Estado, no exercício da sua soberania, definir os critérios específicos da prática de homeschooling. Igualmente, verifica-se a adoção, por parte do Supremo Tribunal Federal, de uma margem de apreciação do legislador, ao definir que a constitucionalidade da prática do ensino em casa depende de regulamentação da questão por parte do Legislativo, o que confirma a hipótese levantada inicialmente.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira; ZELADA, Liliana. Galdaméz. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional Extranjero**. Santiago: Librotecnia, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 888.815. Constitucional. Educação. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo congresso nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Relator: Min. Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 55, 21 mar. 2019.

CORTE Europeia de Direitos Humanos. Caso Konrad v. Germany: Application n. 35504/03, sentença de 11 de setembro de 2006.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto

de 2010. San José da Costa Rica: 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf. Acesso em: 22 ago. 2019.

ESTAY, José Ignacio Martínez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. **Estudios Constitucionales:** Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Talca, v. 1, p. 365-396, 2014.

EUROPEAN Court of Human Rights. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Roma: Council of Europe, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. La Esfera de lo Indecidible y la División de Poderes. **Estudios Constitucionales:** Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Talca, p. 337-343, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta.** Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Martin Claret, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais:** princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Lisboa: Coimbra, 2006.

ROCA, Javier GARCÍA. La Muy Discrecional Doctrina del Margen de Apreciación Nacional Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía y integración. **Teoría y Realidad Constitucional,** Madrid, n. 20, p. 117-143, 2007.

SADDY, André. **Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato.** Limites e técnicas de contenção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

YOUROW, Howard Charles. **The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence.** Boston: Kluwer Law International, 1996.

O Princípio Constitucional da solidariedade enquanto instrumento de concretização da dignidade humana permitindo um maior acesso à justiça através de procedimentos extrajudiciais

Jorge Renato dos Reis¹

Maini Dornelles²

1. Introdução

O acesso à justiça é direito de todo cidadão, porém, ao acionar o Poder Judiciário visando resguardar um direito, o tutelado acaba se frustrando em razão da demora do processo. Os procedimentos extrajudiciais são mecanismos que auxiliam no combate à redução da morosidade do Poder Judiciário, bem como na concretização dos direitos das pessoas, resguardando a dignidade dos cidadãos. Ocorre que o inventário extrajudicial, por exemplo, está disponível há mais de dez anos e a realização deste procedimento na esfera extrajudicial ainda é inferior à judicial.

1 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Privado pela UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (FISC). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação, mestrado e doutorado da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. Endereço eletrônico: jreis@unisc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0925-5328>

2 Advogada atuante. Pós-graduada em Direito Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos pela Instituição de Ensino Dom Alberto. Integrante do grupo de Pesquisas “Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado – Constitucionalização do Direito Privado”, vinculado ao PPGD da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Graduada em Direito pela UNISC. Endereço eletrônico: maini_md@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2511-4595>

2. Objetivos

Neste sentido, o presente texto objetiva responder: O princípio constitucional da solidariedade, enquanto instrumento de efetivação da dignidade humana, pode auxiliar na realização de procedimentos extrajudiciais e, como consequência, garantir o direito fundamental de acesso à justiça?

3. Metodologia

Para responder tal questionamento foi utilizado o método de investigação dedutivo e de pesquisa bibliográfica, para que, ao final, seja comprovado que o princípio constitucional da solidariedade é instrumento essencial para a concretização da dignidade humana e, em consequência, sua vivência determinará uma maior realização de procedimentos extrajudiciais e consequente redução da morosidade ao acionar o Poder Judiciário, garantindo, assim, o direito fundamental de acesso à justiça e a concretização da dignidade da pessoa humana.

4. Referencial teórico

O direito de acesso à justiça adquiriu tamanha importância nas duas últimas décadas, pois deixou de fazer parte do rol de direitos essenciais e passou a fazer parte do rol dos direitos fundamentais.

Uma conquista no âmbito dos direitos sociais foi o acesso à justiça, que anteriormente exigia um padrão social mínimo, sendo que este direito é intimamente ligado ao direito de qualidade de vida para todos, já que é dever do Estado democrático. (REIS, FONTANA, 2003)

O acesso à justiça foi conquistado pelos cidadãos "como o mais básico dos direitos humanos" (SPENGLER e SPENGLER, 2011, p. 56), visto que, quando necessário buscar tutelar um direito que está sendo ameaçado, é com base nesta premissa que o cidadão vai buscar produzir os demais efeitos jurídicos. (SPENGLER e SPENGLER, 2011)

O acesso ao Judiciário, por sua vez, é direito de todos, o que outorgou ao Estado o monopólio do exame e decisão dos

conflitos, o que leva, conseqüentemente, à morosidade na resolução destes enfrentamentos diante da massividade de ações. Por este motivo, fez-se necessária uma revisão na prestação de serviços jurisdicionais. (DORNELLES, KUNDE, 2019)

São visíveis as questões entre tutela jurisdicional e tempo, tendo em vista que a resposta estatal é uma forma de proteção à pessoa, proteger de lesão de direito, ocorre que se tornam ineficazes face ao "destempo"³ dos processos. (SPENGLER E SPENGLER, 2011)

[...] um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos. E, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (GRAÑA E BIELSA, p. 65)

É sabido que a jurisdição acelerada pode não significar melhora alguma em qualidade no julgamento de demandas judiciais, sabe-se que para a análise de determinados casos é imprescindível o tempo, que provas sejam levadas aos processos, dentre inúmeros outros fatores, ocorre que muitos direitos vêm perecendo, face à demora no julgamento.

A legislação está avançando no oferecimento de alternativas fora do monopólio judicial através de outros meios de resolução que não sejam apenas a instauração do litígio, possibilitando que as partes resolvam seus conflitos sem que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário. O excesso de demandas judiciais é tão alto que a situação é alarmante ao ponto de ser considerada um problema de saúde pública. (ZIEMANN, 2018)

A postura da população contribui para a lentidão do Poder Judiciário, pois a sociedade, de certo modo, está adoecida quando não consegue dialogar para pequenos embates, sendo necessário acionar o Poder Judiciário, exemplo disso é o caso de

3 Tal afirmativa se deve ao fato de que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos (que não são tutelados de forma adequada e "a tempo"), tem o poder de interferir na concepção processual, uma vez que se torna grande controlador da máquina judiciária. (SPENGLER e SPENGLER, 2011, p. 59).

dois irmãos que litigaram nos juizados especiais do Estado do Paraná devido a um desentendimento em razão de um moletom⁴.

Contribuí, também, para a lentidão do Judiciário o aumento da população e, conseqüentemente, o dos litígios, este provocado pelo alvissareiro despertar da cidadania que incentiva cada cidadão brasileiro a solucionar adequadamente os seus problemas, evitando o fenômeno da "litigiosidade contida" (feliz expressão cunhada pelo Prof. Kazuo Watana-be) que representa um risco social, quer pelo exercício da justiça de mão própria, quer pela contratação de justiceiros. (ANDRIGHI, 1997)

Para LEAL (2007, p.23), "a qualidade passou a ser acessório da produção jurisdicional, prevalecendo a mentalidade da quantidade", o número de demandas aumenta de forma absurda perante o número de recursos humano que faz a máquina judiciária funcionar, outro item que atesta a crise do poder judiciário.

O Brasil vem legislando para a desjudicialização de procedimentos, prova disso é a promulgação do Código de Processo Civil no ano de 2015, que regulamenta inúmeros procedimentos extrajudiciais, sendo exemplo disso a usucapião, o inventário, o divórcio, a dissolução de união estável, bem como a mediação e a conciliação que previnem o litígio.

Cabe salientar que os procedimentos extrajudiciais trazem, muito além de questões procedimentais, a questão social no que tange à celeridade da resolução do processo, pois, como já visto, as questões judiciais têm gerado problemas de saúde pública, causando nos cidadãos doenças psicossomáticas, levando à ansiedade e à depressão. (ANDRIGHI, 1997)

Mister neste ponto trazer à baila alguns dos procedimentos que podem ser realizados em cartórios de tabelionato de notas e registro de imóveis de pessoas naturais, iniciando com a usucapião extrajudicial, procedimento este que quando levado ao judiciário é extremamente demorado, e em sede cartorária resolvido com celeridade e respeitando os anseios dos envolvidos. Com a promulgação da Lei 13.105/15, conhecida popularmente

4 Briga entre irmãos por causa de blusa de moletom vai parar na Justiça do Paraná. Disponível: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/briga-entre-irmaos-por-caoa-de-blusa-de-moletom-vai-parar-na-justica-do-parana-23702962.html>. Acesso em: 08 set. 2019.

como “Novo Código de Processo Civil”, veio a possibilidade de realização da Usucapião Extrajudicial, sendo acrescentado na Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, o artigo 216 - A, viabilizando o requerimento perante o oficial de registro de imóveis.

A Lei 11.441/2007 trouxe duas inovações para o direito civil que foram a possibilidade de realização do inventário e do divórcio na esfera administrativa. No caso do divórcio, basta que o casal não queira mais permanecer junto, sem precisar justificar os motivos que o levou a tal decisão, ou seja, basta simplesmente ter desaparecido o afeto entre este, não havendo necessidade de que haja culpa de um dos cônjuges pelo fim do casamento. Além disso, a lei não mais exige qualquer interregno de tempo de duração do casamento para que se realize o divórcio, pode ser há qualquer tempo. É preciso apenas a capacidade, a maioridade e o acordo entre as partes.

O Código de processo civil prevê a realização de divórcio extrajudicial, em seu artigo 731 e seguintes, que trata da forma consensual de realização, ou seja, os requisitos e o procedimento no qual os cônjuges devem proceder. É importante destacar, também, que o divórcio extrajudicial não requer homologação judicial e que o documento cartorial que o comprove constitui título hábil para levantamentos de recursos em instituições financeiras. Outra inovação é que a alteração do regime de bens pode ser feita por meio de petição, desde que sejam justificados os motivos e assinada por ambos os cônjuges, conforme o art. 734 do NCPC.

Os processos de inventário, em regra, quando levados aos tribunais, são os processos que mais levam tempo para serem concluídos, do início à expedição dos formais de partilha. A modalidade extrajudicial permite que a inventariança seja resolvida rapidamente, cumprido os requisitos trazidos pela legislação. Regulamentado pela resolução de nº 35 do CNJ, prevê requisitos como, por exemplo, que somente pode ser requerido por herdeiros maiores e capazes, que haja acordo entre todas as partes e a presença de advogado para todos os atos. O procedimento de Inventário extrajudicial é mais um exemplo de celeridade e respeito.

Outras formas de desjudicializar o direito e até mesmo de prevenir o litígio são os procedimentos de mediação e de conciliação. A mediação é considerada uma forma ecológica de resolver conflitos, sejam estes sociais ou jurídicos, é uma forma que visa a satisfação substituindo a aplicação de uma sanção legal, trazendo uma forma consensual de tratamento para o litígio.

Por isso, não se pode perder de vista a importância dessa prática em uma sociedade cada vez mais complexa, plural e multifacetada, produtora de demandas que a cada dia se superam qualitativa e quantitativamente.

É nessa linha que a mediação, como ética da alteridade reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2012, p. 32)

Reeducar a forma de pensar das pessoas para que voltem a se comunicar, a mediar e a conciliar antes mesmo de litigar problemas, não apenas para desafogar o judiciário, pelo caráter social da questão, para as pessoas voltarem a solucionar ao invés de judicializar.

É notório que a população optou pelo litígio, mas também resta claro que vêm sendo pensadas pelos operadores do direito novas formas de resolver demandas sem acionar o Poder Judiciário como visto até aqui. No decorrer do trabalho, será visto como o princípio constitucional da solidariedade enquanto ferramenta pode (re)educar a população e operadores do direito para utilizarem-se de uma conduta menos litigante.

Mesmo existindo tantas formas extrajudiciais de resolver conflitos. o **número de demandas judiciais ainda é enorme**⁵, por este motivo, é essencial pensar em formas de reeducar a população e os profissionais que utilizam a “máquina” do Poder Judiciário, é preciso que as pessoas mudem a forma de pensar e litigar, neste sentido:

5 Em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017. Neste indicador são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas (Conselho Nacional de Justiça, p. 78, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>)

A mudança de lentes ao olhar para os conflitos traz uma nova concepção deles. As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o Direito como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distâncias vão para a lixeira. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado das interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos. (WARAT, 2004, p. 55)

O princípio da solidariedade desempenha, em sua essência, a função social, pois zela pelo bem comum coletivo, assim como resgata a ideia de fraternidade. Pode ser vista de diversas formas, mas, em regra, é ligada à forma individual de agir das pessoas, as quais, sendo solidárias, o fazem de acordo com a educação recebida e não somente como algo juridicamente exigível. (REIS, ZIEMANN, 2014)

O princípio da solidariedade, expresso na Constituição de 1988, já foi considerado somente um princípio moral e, inclusive, religioso, pois é o fundamento do Cristianismo e, posteriormente, reconhecido na história da humanidade, inclusive em movimentos marcantes como o iluminismo. (REIS, ZIEMANN, 2014)

A origem da solidariedade jurídica está associada com a crise do modelo liberal, onde o discurso solidário entra como uma crítica à “democracia” do período, servindo de agente para o reconhecimento e a ampliação do sufrágio universal, das liberdades políticas, dos direitos sociais e da democracia representativa, de tal modo que se passa a um novo modo de se pensar o direito, o Estado e a sociedade. (REIS; KONRAD, 2015)

A Constituição Federal Brasileira vem estruturada com base na reconstrução trazida pela Declaração Universal de Direitos Humanos, de modo que se fez necessário valorar forças normativas de princípios, com ênfase, principalmente, na dignidade da pessoa humana, voltando sua preocupação para o ser humano. (BRANDT, REIS, 2018)

Nos dias de hoje, a visão do direito é associada a conflitos e litígios. Entretanto, entende-se que não deveria ser assim, o direito deveria estar ligado a resolução de conflitos, ou seja, a

norma social sendo posta em prática, sem ser necessário litigar. (ZIEMANN, 2018)

A capacidade de julgamento adequado pelo Judiciário deve ser compatibilizada com o direito de acesso à Justiça, não bastando reformar normas processuais ou criar novas leis, é preciso, também, reeducar a forma de tratar os conflitos.

Nesse sentido, de nada resolve a criação de leis para desjudicializar os fatos concretos se não houver a reeducação das pessoas para que não demandem no Judiciário e busquem, por si só, a solução pacífica e adequada de seus conflitos interpessoais. Para isso, acredita-se que devem ser criadas políticas públicas adequadas para que a população se reedueque neste sentido. (TARTUCE, 2015)

Muito importante lembrar que inúmeras ações judiciais poderiam ser evitadas se os profissionais, operadores do direito, fossem capacitados desde a universidade para resolver conflitos de modo extrajudicial, reformulando os currículos das instituições de ensino, ensinando métodos de desjudicialização de conflitos. (ZIEMANN, 2018)

Por inúmeras vezes, o estudo do Direito nas universidades tem base somente na sistematização de assuntos judiciais e, em algumas vezes, as aulas limitam-se a analisar a letra fria da lei. Estes são os alunos que serão advogados, magistrados, ficando presos à aplicação de artigos em casos concretos. (MORAES, 2015)

Enquanto a maioria dos conflitos poderia ser solucionada na esfera extrajudicial, o profissional restringe-se a atuar através da contenda judicial, o que implica na necessidade de formar novos profissionais com ideias de advocacia preventiva e advocacia conciliatória, tendo, assim, consultoria jurídica voltada para a negociação de conflitos sem que se acione o Judiciário. (ZIEMANN, 2018)

Fica claro que o princípio Constitucional da solidariedade estabelece um princípio jurídico que deve ser observado em diversos momentos, seja na elaboração de legislações, seja na execução de políticas públicas, sendo que o mais importante é

quando estas forem aplicadas como o direito na vida de pessoas. (MORAES, 2012, p. 02)

Para que surta seus efeitos, o princípio da solidariedade não pode limitar-se a uma norma escrita, deve ser utilizado, ser efetivado. Define-se, assim, que solidariedade é o instrumento de efetivação da dignidade, sendo ambos os princípios fundamentais para a formação de uma sociedade íntegra. (REIS; FONTANA, 2010)

Para que as pessoas vivam em paz na sociedade e o universo judicial com menor número de demandas, será necessário utilizar-se da solidariedade.

Vê-se que a solidariedade como um princípio no ordenamento brasileiro é desafiadora para a estrutura do direito, pois não se verifica ligação alguma da ideologia individualista do século passado com o direito clamado pela ética da solidariedade. A solidariedade possui o papel de guia para as condutas de cada pessoa com foco no coletivo, caminhando assim em consonância com a Constituição rumo a dignidade da pessoa. (BRANDT; REIS, 2016. Texto digital)

Quando se fala em solidariedade, a afirmativa é de que ela não pode ser vista como um dever positivo do Estado e tão somente deste enquanto um realizador de Políticas Públicas, mas, sim, um dever recíproco das pessoas, pois os cidadãos precisam se relacionar, uma vez que não são um fim em si mesmos. (WERLE; WRASSE, 2017)

Em sendo assim, a solidariedade afirma um novo paradigma em que a sociedade civil interage para a evolução dignificante da humanidade, cabendo ao direito funcionalizar as ações individuais para o benefício social difuso das presentes e futuras gerações. (CARDOSO, 2012, p. 27)

Novamente destaca-se que o fenômeno da solidariedade, como modelo jurídico, orienta a sociedade aos importantes e necessários valores, sempre em prol do interesse social e coletivo. Caracterizando-se como condutor das relações sociais, diga-se uma nova forma de pensar a pessoa em suas relações na sociedade. (DORNELLES, REIS 2019)

Conclui-se, dessa forma, que o princípio Constitucional da solidariedade, se utilizado e posto em prática pelas pessoas nas suas relações interpessoais e pelos profissionais do direito antes de pensarem em judicializar todo e qualquer tipo de demanda, transforma-se em uma forma de redução das demandas judiciais e, em consequência, de redução da morosidade do Poder Judiciário.

5. Conclusão

Vê-se, portanto, que mesmo após a criação de políticas públicas de desjudicialização como a mediação, a conciliação, o procedimento de inventário, a usucapião e o divórcio extrajudiciais, dentre tantos outros procedimentos com igual finalidade, a população ainda opta, na maioria das vezes, por litigar junto ao Poder Judiciário, aumentando assim a morosidade e, consequentemente, a “crise” instaurada junto a essa esfera que passou a ser uma resolutora de conflitos.

Se colocado em prática, o princípio Constitucional da solidariedade, enquanto um norteador de conduta de tolerância e entendimento, a partir da empatia e da ação, pelas pessoas e pelos profissionais que atuam com o direito, acredita-se que ele pode ser eficaz na resolução de conflitos e, em consequência, na redução de demandas judiciais.

A solidariedade atua no sentido de fazer com que a pessoa, nas suas relações interpessoais, coloque-se no lugar da outra com a qual está em conflito e, a partir da empatia, possa compreender o direito postulado pela outra parte e, dessa forma, através da ação, possa ceder em algum ponto, fazendo com que igualmente a outra parte também possa ceder, na busca da autossolução do conflito, sem necessidade de recorrer ao Judiciário.

Dessa forma, a solidariedade torna-se instrumento de concretização da dignidade, haja vista que a existência de um processo moroso em que a pessoa não vê esperança de solução de seu conflito, na busca da esperada justiça, causando-lhe angústia e afetando sua saúde, afeta, em consequência, sua dignidade.

Finalizando, pode-se afirmar, portanto, que a utilização da solidariedade para permitir à pessoa o acesso à solução de seus

conflitos, de forma justa e sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, está cumprindo seu papel de instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

_____, Jorge Renato dos; ZIEMANN, Aneline dos Santos. **O instituto da função social como instrumento da efetivação do princípio constitucional da solidariedade no direito de autor.** Disponível em: <http://pidcc.com.br/artigos/062014/02062014.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2019.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A democratização da justiça.** Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/115/158>. Acesso em: 02 ago. 2019.

BIELSA, Rafael A. e Eduardo R. Graña, apud Cruz, José Rogério e Tucci. **Tempo e Processo.** Revista del Colegio de Abogados de La Olata.

BRANDT, Fernanda; REIS, Jorge Renato dos. **Princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988:** uma nova perspectiva social. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/16159/4057>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Alteração do Código de Processo Civil, permissão para atos administrativos, Lei 11.441/2007.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm. Acesso em: 03 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. **Lei dos registros Públicos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, disciplina a lei 11.441/2007.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2740>. Acesso em: 03 jun. 2019.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade:** a confirmação de um novo paradigma. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5793/4209>. Acesso em: 09 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 05 mar.2019.

DORNELLES, Daniëlle e REIS, Jorge Renato Dos. *A educação como meio para formação Humana: uma análise a partir da Constituição Federal de 1988.* Org. Reis, Jorge Renato Dos, Brandt, Fernanda. **Intersecções Jurídicas entre o público e o privado:** a concretização da solidariedade. Curitiba: Ithala, 2018.

DORNELLES, Maini e KUNDE, Bárbara Michele Morais. **O movimento de desjudicialização de procedimentos e o acesso à justiça à luz do princípio constitucional da solidariedade.** Disponível em: <file:///C:/Users/User/Desktop/19508-1192615284-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 set. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea:** uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 23.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade.** Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wpcontent/uploads/2012/09/>. Acesso em: 15 jun. 2019.

REIS, Jorge Renatos dos; FONTANA, Eliane. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante do argumento do mínimo existencial e da reserva do possível. In: Rogério Gesta Leal. Jorge Renato dos Reis (Org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas:** desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, v. Tomo 10.

REIS, J. R. dos; KONRAD, L. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no Direito Civil. In: **Novos Estudos Jurídicos**

nº 1, 2015. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7195>. Acesso em: 25 ago. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. **O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8501/9315>. Acesso em: 18 jul. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Da extrajudicialização do direito de família e das sucessões**: outras formas de solução. Disponível em: <http://www.flavioartuce.adv>. Acesso em: 03 mar. 2019.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WERLE, Caroline Cristiane e WRASSE, Helena Pacheco. **O princípio Constitucional da solidariedade**: um mecanismo de combate à crise judiciária brasileira. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/16926-16067-2-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/16926-16067-2-PB%20(3).pdf). Acesso em: 20 jul. 2019.

ZARUR, Camila. Briga entre irmãos por causa de blusa de moletom vai parar na Justiça do Paraná. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/briga-entre-irmaos-por-causa-de-blusa-de-moletom-vai-parar-na-justica-do-parana-23702962.html>. Acesso em: 23 set. 2019.

ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A concepção solidarista de solução de conflitos nas relações inter-privadas frente à relativização da dicotomia público/privado e as adequações no ensino jurídico brasileiro**: proposta de novo perfil de egresso em superação à lógica do litígio e em direção à lógica da solidariedade. Tese Doutorado em Direito. UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018. Acesso em: 23 set. 2019.

A convenção nº 182 e a recomendação 190 sobre as piores formas de trabalho infantil

The convention nº 182 And the recommendation 190 of the worst forms of child labor

André Viana Custódio¹

Fernanda Martins Ramos²

O tema do presente resumo é a análise da proteção internacional contra a exploração do trabalho infantil na Convenção nº. 182 e na Recomendação nº. 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O objetivo geral é estudar a proteção internacional contra a exploração do trabalho infantil a partir desses documentos da OIT; analisar as piores formas de trabalho infantil; e verificar qual a relevância dos instrumentos jurídicos internacionais na luta contra o trabalho infantil.

O problema busca analisar quais os efeitos e a importância da Convenção nº. 182 e da Recomendação nº. 190 da Organização Internacional do Trabalho na erradicação do trabalho infantil. A hipótese indica que com a adoção do conceito de piores formas de trabalho infantil o enfoque das políticas públicas foi deslocado para considerar apenas aquelas situações consideradas mais de-

1 Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Pós-Doutor pela Universidade de Sevilha/Espanha (US), Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Email: andreviana.sc@gmail.com.

2 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social do PPPG/UNISC. Email: f.mramos@yahoo.com.br

gradantes, enfraquecendo, assim, as ações de caráter geral para a eliminação de todas as formas de trabalho infantil.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo e o método de procedimento é o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Os principais resultados obtidos mostram que a ratificação da Convenção n.º. 182 e a adoção da Recomendação n.º. 190 também foram de extrema relevância para o enfrentamento do trabalho infantil, pois com a definição das piores formas de trabalho infantil pôde-se analisá-las mais atentamente para combatê-las. Contudo, a adoção da Convenção n.º. 182 deslocou a atenção das políticas públicas somente para as piores formas, sendo, desta forma, as ações de caráter geral para a abolição de todas as outras formas de trabalho infantil prejudicada, o que confirma a hipótese supramencionada. Dessarte, este redirecionamento nas políticas públicas e o consequente descaso para com outras formas de trabalho infantil é considerado um retrocesso em meio aos diversos avanços e melhorias trazidos ao Brasil e ao mundo com as convenções, resoluções e demais formas de atuação da OIT.

A Convenção n.º. 182, que dispõe sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ações imediatas com o objetivo de eliminação desse, foi instituída pela Organização Internacional do Trabalho. Ela foi aprovada e reunida em 1º de junho de 1999, na 87ª reunião do Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho, em Genebra. No Brasil, a convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º. 178 do Congresso Nacional, em 14 de dezembro de 1999, e ratificada em 02 de fevereiro de 2000, sendo promulgada pelo Decreto n.º. 3.597, de 12 de setembro de 2000, e entrando em vigor em 02 de fevereiro de 2001 (ORGANIZAÇÃO, 1999).

Atualmente, são ao todo 186 países que ratificaram esta convenção, entre eles os Estados Unidos, em 02 de dezembro de 1999, o Canadá, em 06 de junho de 2000, e o México, em 30 de junho de 2000. Na América do Sul todos os países também a ratificaram, destacando-se a Argentina, em 05 de fevereiro de 2001; a Bolívia, em 06 de junho de 2003; a Colômbia, em 28 de janeiro de 2005; o Equador, em 19 de setembro de 2000; o Paraguai, em 07 de março de 2001; o Peru, em 10 de janeiro de 2002; o Uru-

guai, em 03 de agosto de 2001; e a Venezuela, em 26 de outubro de 2005 (INTERNATIONAL, [20-]).

Diversos países europeus também ratificaram a convenção, sendo importante destacar a Alemanha, que a ratificou em 18 de abril de 2002; Portugal; em 15 de junho de 2000; França, em 11 de setembro de 2001; e Itália, em 07 de junho de 2000. É importante também ressaltar que a Convenção nº. 182 ainda está em vigor em todos os países aqui citados, além de em muitos outros (INTERNATIONAL, 2019).

A Convenção transformou as garantias de direitos de crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, pois ela prioriza as formas de trabalho que apresentam altos níveis de exploração e possibilita que cada Estado crie as próprias normas incluindo atividades desse gênero (SOUZA, 2016). A Convenção nº. 182 veio para proteger todas as crianças e adolescente, obrigando os Estados a se comprometerem com o estabelecimento de metas e ações planejadas a fim de abolir de forma imediata e permanente os piores tipos de trabalho infantil (BARBOSA NETO, 2013).

Conforme a própria convenção dispõe, para todos aqueles com idades de até 18 anos, as piores formas do trabalho infantil são aquelas que afetam o desenvolvimento, a saúde mental e física e destroem a dignidade, separando crianças e adolescentes de suas famílias e os expondo a grandes perigos e doenças.

As piores formas de trabalho infantil são aquelas que escravizam a criança, separam de sua família, expõem a graves perigos e doenças ou deixam ao abandono nas ruas das grandes cidades, em muitos casos, deste sua tenra idade [...] Trabalho infantil é aquele que priva as crianças de sua infância, se seu potencial e de sua dignidade, é prejudicial para o seu desenvolvimento físico e mental. (ORGANIZACIÓN, tradução livre, 1998)

O artigo 3º da Convenção nº. 182 descreve quais são consideradas as piores formas de trabalho infantil, estando entre elas a escravidão, o tráfico de crianças, a exploração sexual comercial e outras atividades pornográficas, e também qualquer outro trabalho que prejudique a saúde, segurança ou moral de crianças e adolescentes:

Artigo 3º Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados; b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas; c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes; d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança. (ORGANIZAÇÃO, 1999).

Conforme o primeiro artigo da Convenção nº. 182 (ORGANIZAÇÃO, 1999), todos os membros que a ratificarem deverão "adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em caráter de urgência". Já o artigo 6º, 2, diz que todo os Estados-Membros deverão criar programas de ações para erradicar o trabalho infantil, sendo eles "elaborados e implementados em consulta com instituições governamentais competentes e organizações de empregadores e de trabalhadores" (ORGANIZAÇÃO, 1999).

A Convenção também dispõe que deverão ser tomadas pelo Estado medidas de assistência para as crianças e os adolescentes que assegurem sua reabilitação e que garantam educação gratuita, conforme o seu artigo 7º, 2.

Artigo 7º 2. Todo Estado-membro, tendo em vista a importância da educação para a eliminação do trabalho infantil, adotará medidas efetivas para, num determinado prazo: a) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil; b) dispensar a necessária e apropriada assistência direta para retirar crianças das piores formas de trabalho infantil e assegurar sua reabilitação e integração social; c) garantir o acesso de toda criança retirada das piores formas de trabalho infantil à educação fundamental gratuita e, quando possível e adequado, à formação profissional; d) identificar crianças particularmente expostas a riscos e entrar em contato direto com elas; e, e) levar em consideração a situação especial das meninas. 3. Todo Estado-membro designará a autoridade competente responsável pela aplicação das dis-

posições que dão cumprimento a esta Convenção. (ORGANIZAÇÃO, 1999).

Cumprindo a obrigatoriedade atribuída pelo artigo 1º da Convenção nº. 182 que faz todos os membros adotarem medidas imediatas e efetivas a fim de assegurar a proibição e a erradicação das piores formas de trabalho infantil urgentemente e, também como medida complementar a convenção, a OIT emitiu a Recomendação nº. 190, em 1999. Esta foi criada para garantir a efetividade das políticas públicas de enfrentamento ao trabalho infantil.

Esta Recomendação prevê ações específicas para o enfrentamento do trabalho infantil perigoso, além de possuir medidas para a aplicação da Convenção nº. 182, integrando e sistematizando dados sobre o trabalho infantil e monitorando a aplicação das normas da referida convenção (SOUZA; LEME, 2014). Ainda, ela direciona os programas de ações para a erradicação das piores formas de trabalho infantil e solicita que as nações detectem, denunciem e impossibilitem que crianças pratiquem as piores atividades, recomendando aos países adotantes que empreguem um cuidado especial às crianças e meninas e também ao que é considerado trabalho oculto, ou seja, não fiscalizado (MINHARRO, 2003, p. 35). Os programas deveriam buscar, de acordo com o artigo 2º da Recomendação,

[...] (a) identificar e denunciar as piores formas de trabalho infantil; (b) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil ou afastá-las dessas formas de trabalho, protegendo-as contra represálias e assegurando sua reabilitação e integração social por meio de medidas que levem em conta suas necessidades educacionais, físicas e psicológicas; (c) dispensar especial atenção: (i) às crianças menores; (ii) às meninas; (iii) ao problema do trabalho oculto, nos quais as meninas estão particularmente expostas a riscos; e (iv) a outros grupos de crianças com vulnerabilidades ou necessidades especiais; (d) identificar comunidades em que haja crianças particularmente expostas a riscos, entrar em contato direto com essas comunidades e trabalhar com elas; e (e) informar, sensibilizar e mobilizar a opinião pública e grupos interessados, inclusive as crianças e suas famílias. (ORGANIZAÇÃO, 1999).

Quanto ao trabalho perigoso, é determinado pela Recomendação que estes são aqueles nos quais a criança sobre

abusos físicos, psicológicos ou sexuais, trabalhos subterrâneos, com máquinas ou semelhantes perigosos e trabalhos insalubres ou noturnos, conforme dispõe o artigo 3º da Recomendação (ORGANIZAÇÃO, 1999).

Para devidamente praticar as ações de prevenção e erradicação das piores formas de trabalho infantil, é aconselhada a compilação atualizada dos dados estatísticos sobre a natureza e a abrangência do trabalho infantil, a criação de um sistema potente para a fiscalização e a aplicação de punições aos envolvidos. Sendo assim, é proposto uma melhora na educação, focando na capacitação de professores, provendo empregos, fornecendo formações profissionais para os adultos da família e sensibilizando os pais e responsáveis das situações existentes (MINHARRO, 2003, p. 36).

No Brasil, a Convenção nº. 182 foi regulamentada pelo Decreto nº. 6.481, de 12 de junho de 2009, que estabeleceu a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, em cumprimento às determinações do artigo 3º, alínea d, e do artigo 4º da Convenção nº. 182 da Organização Internacional do Trabalho. Nessa lista estão descritas as 89 piores formas de trabalho infantil que prejudicam a saúde, a segurança e a moralidade da criança e do adolescente.

Embora a ratificação da Convenção nº. 182 e as diretrizes da Recomendação nº. 190 sejam instrumentos importantes para as políticas públicas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, destaca-se a necessidade de interpretá-las articuladas a outros instrumentos normativos do Direito da Criança e do Adolescente, com vistas a evitar o desvio de foco das políticas gerais e acabar restringindo as ações apenas para as piores formas de trabalho infantil.

Referências

BARBOSA NETO, Pedro Alves. **Fluxos Informacionais para o Monitoramento da Implementação da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Piores Formas do Trabalho Infantil**: análise comparada dos contextos brasileiro e Canadense. 2013. 261 f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Faculdade de Ciência da Informação, Universidade Federal

De Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. Decreto nº. 3.597, de 12 de setembro de 2000. Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 4, 13 set. 2000.

INTERNATIONAL Labour Organization. **C182** – Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182). [20-]. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182/. Acesso em: 22 set. 2019.

MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. **A Criança e o Adolescente no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo. **Las Normas Internacionales del Trabajo**: manual de educación obrera. 3. ed. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1998. Disponível em: <https://www.ilo.org>. Acesso em: 26 set. 2019.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **C182**: Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação. Brasília, DF: Congresso Nacional, 14 dez. 1999. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

SOUZA, Ismael Francisco de. **O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI)**: estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil. 2016. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br>. Acesso em: 25 set. 2019.

SOUZA, Ismael Francisco de; LEME, Luciana Rocha. A Proteção Contra a Exploração do Trabalho Infantil e seus Reflexos no Sistema Único de Assistência Social (SUAS) no Brasil. In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva (org.). **Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas**. Curitiba: Multideia, 2014.

A Mediação Extrajudicial na extensão universitária segundo a Lei nº. 13.140/2015

Extrajudicial mediation in university extension according to Law 13.140/15

Amanda da Cruz Saraiva¹
Rafaela Matos Peixoto Schaefer²

Resumo

A lei nº. 13.140, editada em 26 de junho de 2015, regulamenta a prática da mediação desenvolvida no âmbito judicial e extrajudicial. A mediação extrajudicial pode ser realizada em câmaras privadas, comunidades, escolas e instituições de ensino por meio de projeto de extensão. Desta feita, objetiva-se analisar a política pública da mediação desenvolvida pelo projeto de extensão vinculado à Universidade de Santa Cruz (UNISC) para então responder: qual a contribuição da mediação extrajudicial desenvolvida no projeto de extensão? Para tanto, se utilizou o método de abordagem dedutivo e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e documental, consubstanciadas principalmente em

1 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Políticas Públicas. Membro do grupo de pesquisa Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos, certificado pelo CNPq, sob a coordenação da professora doutora Fabiana Marion Spengler. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). E-mail: manda_saraiva@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa/taxa Prosuc-Capes, modalidade II, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Futura (SP). Integrante do grupo de pesquisa Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq e liderado pela professora doutora Fabiana Marion Spengler. Mediadora voluntária de família no Projeto de Extensão da UNISC denominado: A Crise da Jurisdição e a Cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos. Advogada, OAB/RS nº 113.211. E-mail: rafaelapeixoto@mx2.unisc.br.

livros e artigos científicos, bem como na análise do relatório anual do projeto de extensão.

Palavras-chave: Lei nº. 13.140/2015. Mediação extrajudicial. Projeto de extensão.

Abstract

Law No. 13,140 published on June 26, 2015, regulates the practice of mediation developed in the judicial and extrajudicial context. Extrajudicial mediation can be performed in private chambers, communities, schools and educational institutions through an extension project. Thus, it aims to analyze the public policy of mediation developed by the extension project linked to the University of Santa Cruz, to then answer: what is the contribution of the extrajudicial mediation developed in the extension project? For this, we used the method of deductive approach and as bibliographic and documentary research techniques, mainly embodied in books and scientific articles, as well as the analysis of the annual report of the extension project.

Keywords: Law No. 13.140/2015. Extrajudicial Mediation. Extension project.

1 Introdução

A lei nº 13.140, editada em 26 de junho de 2015, representa o avanço dos meios compositivos na mudança do paradigma conflitivo. O objetivo da lei é regulamentar a prática da mediação desenvolvida entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Desta feita, o Poder Judiciário deixa de ser a única alternativa para qual o cidadão pode submeter seu conflito. Nessa perspectiva, a Lei da Mediação oportuniza aos conflitantes resolverem suas controvérsias utilizando espaços que vão além da esfera judicial. A mediação extrajudicial pode ser realizada em câmaras privadas, comunidades, escolas e instituições de ensino por meio de projeto de extensão.

Deste modo, objetiva-se analisar a aplicação da política pública da mediação desenvolvida pelo projeto de extensão vin-

culado à Universidade de Santa Cruz. Sendo assim, pretende-se responder à indagação: qual a contribuição da mediação extrajudicial desenvolvida no projeto de extensão?

Verificou-se que a prática da mediação extrajudicial é uma ferramenta que aproxima a universidade e a comunidade, promovendo uma mudança no enfrentamento de conflitos ao passo que valoriza a autonomia e o empoderamento dos envolvidos. Para chegar a tal conclusão, se utilizou o método de abordagem dedutivo e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e documental, consubstanciadas principalmente em livros e artigos científicos, bem como na análise do relatório anual do projeto de extensão.

2 Da mediação extrajudicial consoante a lei Nº. 13.140/2015

A mediação é vista como uma alternativa de acesso à justiça no tratamento de conflitos e, atualmente, vem sendo bastante discutida, pois se preocupa em encontrar meios para resolver um problema: a dificuldade enorme na comunicação entre os envolvidos. Dessa forma, o restabelecimento do diálogo rompido pelo litígio se torna o objetivo principal, cuja consequência é a necessidade de uma comunicação mediada. Sendo assim, nesse contexto surge a mediação como uma forma de tratamento de conflitos que possa responder a tal demanda.

“O termo ‘mediação’ procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* é também a expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras” (SPENGLER, 2017, p. 8). Nesse sentido, a mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos mediante um terceiro, que intervirá com o propósito de religar aquilo que fora rompido, restabelecendo a comunicação para tratar o conflito e dar continuidade àquela relação.

A mediação brasileira, inicialmente estabelecida pela Resolução nº. 125/2010 do CNJ, é regrada pela Lei da Mediação, lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015 (além do Código de Processo Civil e da Resolução nº. 174/2016 do CSTJ), que direcionou regulamentações não apenas para a mediação judicial, buscando estabelecer regras também para a mediação privada.

Visto isso, evidenciando a mediação extrajudicial, cumpre dizer que ela é aquela realizada fora das dependências forenses e sem vinculação aos autos do processo. Disciplinada nos artigos 21 e seguintes da lei nº. 13.140/2015, esse procedimento poderá ser contratado e, havendo conflito, utilizado para resolver a demanda antes de uma ação judicial; por isso se diz que essa forma de mediação é buscada de modo espontâneo pelas partes.

Nesse contexto, a regulamentação trazida pela lei nº. 13.140/2015 não tem o condão de submeter a mediação extrajudicial a regras rígidas, mas apenas de orientar a forma como o procedimento acontecerá, preservando a liberdade inerente ao instituto (CAHALI, 2015, p. 104-105).

Começando com as regras pelo artigo 21, este trata do convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial e diz que poderá ser feito por qualquer meio de comunicação, devendo estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião. Ainda, aquele declara que o convite formulado por uma parte considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até 30 dias da data de seu recebimento.

Já o artigo 22 aponta que a previsão contratual de mediação deverá conter alguns requisitos mínimos, como: I- prazo mínimo e máximo para realização da primeira reunião de mediação, contado a partir do recebimento do convite; II- local da primeira reunião; III- critérios para escolha do mediador ou equipe de mediação; e IV- penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. Ainda, o artigo 23 estabelece que se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. O parágrafo único diz que o disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

Assim, a mediação extrajudicial é aplicada conforme o exposto no artigo 42 da Lei, no que couber às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações co-

munitárias, escolares e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Cumprе ressaltar ainda quanto ao mediador extrajudicial. A atividade deste vem disciplinada no artigo 9º da Lei que determina que poderá funcionar como mediador extrajudicial aquela pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. O artigo 10 ainda ordena que as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos e em caso de comparecendo uma das partes somente acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas.

Nesse trilhar, percebe-se que a mediação extrajudicial é uma experiência emancipatória que promove a autonomia das partes e prevê uma mudança de cenário no convívio da sociedade, trazendo consigo uma nova metodologia de lidar com os conflitos e desencadeando um meio seguro de pacificação social. Assim, resta demonstrado que esse meio representa um importante instrumento de acesso à justiça no tratamento de conflitos, haja vista a inserção desse instituto como método autocompositivo ser considerado um procedimento efetivo de pacificação social, bem como de prevenção e resolução da litigiosidade.

3 O projeto de extensão em mediação: uma prática de mediação extrajudicial³

A Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) desenvolve o projeto de extensão em mediação denominado A Crise da Jurisdição e a Cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos, de iniciativa da professora Fabiana Marion Spengler. Este é realizado e financiado pelo departamento de Direito e apoiado pelo programa de pós-graduação em Direito, além de estar em parceria com os cursos de Direito e de Psicologia.

3 O presente texto foi elaborado a partir da análise do relatório anual produzido pelo projeto de extensão em 2018.

O projeto de extensão iniciou as atividades em 2009 como resultado de uma parceria entre a UNISC e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), junto ao Fórum da Comarca de Santa Cruz do Sul. Em 2013, as sessões passaram a ser realizadas em um amplo espaço junto à Defensoria Pública, onde acontecem até os dias atuais. O público atendido compreende a comunidade hipossuficiente de 5 municípios que compõe a Comarca de Santa Cruz do Sul: Santa Cruz do Sul (Sede da Comarca), Gramado Xavier, Herveiras, Passo do Sobrado e Sinimbu, atingindo os mais de 150 mil habitantes destes.

Destacam-se como os principais objetivos do projeto:

a) Aplicar técnicas de mediação e conciliação que resultem em um tratamento adequado às demandas conflituvas cujas respostas sejam construídas pelas partes de maneira consensual, autônoma e democrática, com o auxílio de alunos e professores da UNISC;

b) Demonstrar que o conflito pode ter resultados positivos se bem administrado;

c) Reduzir o número de demandas cíveis ajuizadas, uma vez que a atuação pré-processual evita a necessidade de busca pela tutela jurisdicional.

O projeto de extensão conta com espaço cuidadosamente preparado e acolhedor para a realização das sessões de mediação. Esse é organizado em uma sala ampla, na qual estão dispostos diversos móveis, inclusive uma mesa oval, possibilitando, assim, que todos sentem-se lado a lado e preconizando a igualdade. Ainda, são oferecidos café, chá, água, balas, lenços de papel, entre outros itens que evidenciam a preocupação da equipe em preparar um espaço acolhedor e confortável.

Atua nas sessões uma equipe interdisciplinar, formada por professores, mestrandos e graduandos dos cursos de Direito e Psicologia. Para utilizar o serviço, o conflitante interessado deve deslocar-se até a Defensoria Pública, onde será atendido por um servidor que verificará as características do conflito. Se este comporta a composição e a parte concorda em participar, ela será encaminhada ao projeto de extensão. O outro conflitante é con-

vidado a comparecer à sessão, sendo o convite feito por qualquer meio de comunicação (art. 21, lei nº. 13.140/2015).

Marcada a sessão, as partes poderão comparecer acompanhadas por advogado, como faculta a lei nº. 13.140/2015. Por se tratar de um procedimento informal, durante a sessão não são juntados nenhum tipo de documento, bem como não é redigido termo relativo às informações reveladas. Caso haja consenso entre as partes, será elaborado um acordo que, posteriormente, poderá ser homologado. Antes do encerramento da sessão, as partes são convidadas a responder uma pesquisa de avaliação. Anualmente, tendo como base estas avaliações, são escritos relatórios com objetivo de aferir os resultados e discutir o aprimoramento das práticas executadas.

Durante os 10 anos de prestação de serviço, foram atendidas cerca de 2.400 pessoas e estima-se que mais de 3.500 pessoas foram atingidas. Desde o início das atividades, já foi possível realizar aproximadamente 1.000 sessões de mediações, tendo 62% delas resultado em acordos, dos quais 80% vêm sendo cumpridos. Em 2010, como reconhecimento pelos bons resultados, o projeto foi premiado, no Rio Grande do Sul, pelo Prêmio SINEPE na linha de Responsabilidade Social com medalha de ouro.

Constata-se, assim, que o projeto de extensão oferece à comunidade um meio adequado de tratamento de conflitos, bem como permite o desenvolvimento na prática dos ensinamentos adquiridos em sala de aula. Na mesma medida, alia o ensino, a prática e a produção científica advinda do grupo de Políticas Públicas para o Tratamento dos Conflitos, vinculado ao Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da instituição. Assim, é possível verificar o potencial transformador do projeto, ao passo que este fortalece o tripé acadêmico e proporciona a troca de saberes entre a instituição e a comunidade.

4 Conclusão

Do exposto, vê-se a mediação extrajudicial como uma política pública de acesso à justiça estabelecida pela lei nº. 13.140/2015 que tem seu procedimento todo previsto nos artigos 21 ao 23. Esta é utilizada com o objetivo de alcançar um consenso por meio

do diálogo entre as partes, sendo este intermediado por um mediador que fará as vezes de um terceiro imparcial, incentivando o acordo extrajudicial.

A mediação extrajudicial, conforme expõe o artigo 42 da lei supracitada, pode ser realizada em comunidades e escolas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências, bem como em câmaras privadas e instituições de ensino por meio de projeto de extensão, oportunizando que a relação dos envolvidos seja resolvida, tratada ou simplesmente mediada em busca de uma solução.

A intenção da lei é bem clara, esta não tende a limitar a mediação extrajudicial, mas sim norteá-la. Desse modo, o que se percebe, por exemplo, em instituições de ensino por meio de projeto de extensão, é o fato de a prática da mediação extrajudicial ser um meio de aproximação entre a instituição e a comunidade, na medida em que fortalece os pilares da universidade (tripé ensino-pesquisa-extensão).

Em suma, é possível constatar a contribuição do projeto de extensão a partir da participação e do reconhecimento da comunidade. Desta maneira, o projeto de extensão em mediação alcança seus objetivos, tendo em vista que se trata de uma importante ferramenta que relaciona o aprendizado teórico à prática, bem como de uma proposta transformadora no enfrentamento de conflitos.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico:** Brasília, DF, n. 219, p. 2-14, 01 dez. 2010.

BRASIL. Justiça do Trabalho. Resolução CSJT nº. 174, de 30 de setembro de 2016. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho:** caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2079, p. 1-6, 5 out. 2016.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 17 mar. 2015.

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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 4, 29 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

RELATÓRIO anual de atividades do projeto de extensão de 2018. **A crise da jurisdição e a cultura da paz**: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar dos conflitos. Não publicado.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Dicionário de Mediação**. v. 2. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação**: técnicas e estágios [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

Historicismo axiológico do Estado Democrático de Direito: como a queda do nazismo pode explicar a criminalização da homotransfobia pelo STF

Axiological Historicism of The Democratic State of Law: how a fall of nazism can explain a criminalization of homotransfobia by the STF

Edson Philip Diolinda Tavares¹
Luiz Eduardo Conti²

1 Tema e respectivo grupo de trabalho

A presente pesquisa acosta-se ao eixo temático **Jurisdição Constitucional e Democracia**. Por esta razão, submete-se à avaliação do grupo de trabalho 01, competente ao recorte de Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes.

2 Delimitação do tema

Delimitar-se-á o tema a uma análise histórico-axiológica do Estado Democrático de Direito, com enfoque à correlação entre a queda do regime nazista e a criminalização de condutas discriminatórias de pessoas LGBT.³

1 Acadêmico de Direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Membro dos grupos de pesquisa NUPED e RES PUBLICAE. E-mail: edsonphilip7@hotmail.com

2 Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de cursos de graduação e pós-graduação da UNESC. E-mail: luiz_conti1@yahoo.com.br

3 LGBT: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, e demais indivíduos não heterossexuais e não cisgêneros.

3 Problema

Como problemática matriz, este trabalho coadunar-se-á ao seguinte questionamento: **o corpo de valores responsável pela queda do nazismo e pelo conseqüente advento do Estado Democrático de Direito é compatível àquele utilizado nos julgados da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº. 26 e do Mandado de Injunção nº. 4.733?**

4 Método

O estudo será guiado pelo **método dedutivo**, partindo de premissas maiores com fito a conclusões particularizadas. Do mesmo modo, a pesquisa será do tipo teórica e qualitativa, apoiando-se em material bibliográfico diversificado, além de, evidentemente, na legislação brasileira.

5 Objetivo geral

Lato sensu, dissertar-se-á sobre a construção histórica dos valores democráticos que impulsionaram a superação do regime nazista, correlacionando-os aos eventuais respaldos jurídico-constitucionais legitimadores da criminalização da homotransfobia pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1 Objetivos específicos

Quanto aos objetivos específicos, buscar-se-á, sobretudo:

a) Acrescentar à produção científica o debate em torno da controversa legitimidade, pelo STF, de estender a aplicabilidade da lei nº. 7.716/1989 à proteção da população LGBT;

b) Discorrer sobre a construção histórico-axiológica do Estado Democrático de Direito, correlacionando-a à criminalização de condutas discriminatórias, com ênfase na superação do regime nazista;

c) Promover comparativos entre marcos históricos concernentes à construção do Estado Democrático de Direito, trazendo à baila reflexões em torno de princípios ligados ao surgimento e manutenção daquele.

6 Hipótese

Com respaldo ao julgamento do habeas corpus nº. 82.424 pelo Supremo Tribunal Federal, impetrado no ano de 2002 e com trânsito em julgado em meados de 2004, em que se fixou a salvaguarda da população judia contra atos discriminatórios, sob o manto da lei nº. 7.716/1989, sendo amplamente apoiado fora e dentro do meio acadêmico, compreende-se que esse entendimento pacificou-se na medida em que encontrou consenso social, dentro e fora do país, sobre a violência direcionada àquele grupo. Por analogia, a força legitimadora advinda do corpo de princípios e valores próprios do Estado Democrático de Direito justificaria, também, a extensão da aplicação da lei do crime de racismo à população LGBT, mesmo que provisoriamente, se considerarmos que a diferença entre os grupos salvaguardados não modifica o objeto do julgado. Ou seja, a resistência contra a criminalização da homotransfobia pode estar ancorada na falta de consenso social sobre a violência sofrida pela população LGBT ou, até mesmo, na indiferença quanto ao combate a condutas discriminatórias dessa natureza.

7 Resultados já obtidos

É cediço que o Estado Democrático de Direito emergiu com o fito de contrapor-se à lógica operacional do direito vigente até então. Este, estruturado sob o manto estrito do princípio da legalidade, urgia modificações, sobretudo, no papel da jurisprudência. Isto porque, inquestionavelmente, as barbáries do nazismo, pretéritas àquela formatação de Estado, apenas puderam consolidar-se com o silêncio do judiciário que, em respeito aos moldes do Estado Legislativo de Direito, com uma enrijecida separação dos poderes e uma mecânica de sistematização dos julgados à forma cega da lei, manteve-se inerte. Nesta senda, com vistas à referida renovação na formulação estatal, incluiu-se à competência do poder judiciário o dever de invalidar atos legislativos ou administrativos, se contrários à constituição, além de interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da mesma carta suprema (BARROSO, 2015).

Isto não quer dizer que o juiz possa vir a corrigir ou substituir uma lei defeituosa em homenagem ao princípio da separação dos poderes. De outro modo, a noção atual de Estado de Direito traz

ínsita a exigência de mecanismos de controle do ato legislativo, tendo em vista o princípio da constitucionalidade. Não está em causa, então, a invasão de esfera do Poder Legislativo pelo Judiciário, mas a simples constatação de que o dogma da liberdade absoluta do legislador na fixação dos fins legais já está superado (BARROS, 2003).

Ocorre que o parâmetro responsável pela legitimação desta intervenção, de outro modo, por ser comumente de natureza material, suscita dúvidas e apreensões nos mais variados setores da sociedade. A história, nesta senda, acaba por ser crucial na interpretação e aplicação de princípios e normas, podendo, ademais, legitimar julgados, como demonstrar-se-á no desenvolvimento desta pesquisa.

Por ora, mister não olvidar que a fragilidade teórica do positivismo, como as experiências totalitárias do século XX demonstram, mostra-se incompatível com a defesa dos direitos humanos, haja vista que a visão legalista dos fenômenos jurídicos se contenta com a validade formal das normas jurídicas, o que é insuficiente para abarcar questões relativas a aspectos valorativos do direito (POZZOLI, 2011).

No mesmo giro, deve-se ter em mente que a Constituição Federal de 1988 é o marco do reingresso do Estado de Direito ao sistema jurídico brasileiro, na medida em que é o documento da transição democrática com o conseqüente reconhecimento dos direitos humanos (SIQUEIRA JÚNIOR, 2017). Ainda, este é a própria afirmação histórica dos Direitos Humanos como categoria de direitos inalienáveis da pessoa humana e sustenta que a noção vital de que a dignidade, antes de ser um direito fundamental, decorrente de um princípio constitucional fundamental, possui o status de Direito Humano, portanto, de valor universal (POZZOLI, 2011).

A dignidade da pessoa humana, logo, base da formulação histórica do Estado Democrático de Direito, símbolo da derrocada do nazismo e, ainda, sustento da criminalização de condutas homotransfóbicas, veste-se de valor fundamental, de status constitucional integrante da identidade política, ética e jurídica da constituição, de onde se irradiam todos os demais mandamentos fundamentais (BARROSO, 2015).

Assim, considerando que a sociedade percorre um longo caminho elegendo os bens jurídicos mais relevantes, entende-se, por ora,

que se faz necessário que os poderes da república, cada qual no seu âmbito de competência, façam uso de suas prerrogativas na defesa desses. Subsidiariamente, cumpre ao poder judiciário reparar eventuais lacunas e omissões, haja vista que, para o efetivo cumprimento da constituição, não basta que um direito seja apenas reconhecido e declarado: é necessário garanti-lo (SIQUEIRA JÚNIOR, 2017), principalmente se entendermos a violência como a antítese da vida digna, na medida em que esta fere o homem fisicamente, intelectualmente e psiquicamente (POZZOLI, 2011), sobretudo no país que mais mata a população LGBT no mundo (BORTONI, 2018).

Referências

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORTONI, Larissa. **Brasil é o País Onde Mais se Assassina Homossexuais no Mundo**. Portal Rádio Senado, 16 maio 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 6 jan. 1989.

MICHELS, Eduardo. **Estatísticas**. Portal Homotransfobia mata. [201-]. Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/estatisticas/assassinatos-2012>. Acesso em: 15 set. 2019.

POZZOLI, Lafayette; ALVIM, Marcia Cristina de Souza. **Ensaio Sobre Filosofia do Direito: dignidade da pessoa humana, democracia, justiça**. São Paulo: EDUC FAPESP, 2011.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A falsa preocupação que mascara o preconceito: uma análise do caso de censura na Bienal do Livro do Rio de 2019 a partir dos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente

The false concern that masks prejudice: an analysis of the case of censorship in the Rio Book Biennial of 2019 from the principles of the Child and Adolescent Statute

Pedro Henrique Cardoso Hilário¹
Leila Karenina Ferreira Farias²

1 Tema

Censura e preconceito.

2 Delimitação do tema

A censura e a LGBTIfobia ocorrida na Bienal do Livro do Rio de 2019 analisada sob a ótica dos princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Pós-graduando lato sensu em Direito Penal e Processual Prático Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas e do Núcleo de Pesquisa em Estado, Política e Direito (NUPED), da UNESC. Taxista pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições Comunitárias de Ensino Superior – PROSUC/CAPES e UNESC/PROPEX. Advogado. E-mail: pedrohilario@unesc.net.

2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas, da UNESC. E-mail: leilakfarias@hotmail.com.

3 Problema

Por que a justificativa de proteção integral à criança e ao adolescente utilizada para censurar um livro infantojuvenil com temática LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais) não condiz com os princípios dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente?

4 Objetivos

4.1 Objetivo geral

Analisar o caso de censura ao livro infantojuvenil de temática LGBTI na Bienal do Livro do Rio de 2019, levando em consideração os princípios e dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.2 Objetivos específicos

- Discorrer sobre os direitos e princípios fundamentais das crianças e dos adolescentes dispostos na legislação pátria;
- Estudar o caso de censura ao livro infantojuvenil de temática LGBTI na Bienal do Livro do Rio de 2019, desde o ato do Poder Executivo Municipal do Rio de Janeiro até a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF);
- Analisar o discurso de proteção às crianças e aos adolescentes adotado para justificar a retirada dos livros infantojuvenis de temática LGBTI, abordando a fundamentação falaciosa, preconceituosa e distorcida sobre os direitos fundamentais da população infantojuvenil.

5 Hipótese

Ao analisar a fundamentação para a censura ocorrida na Bienal do Livro do Rio de 2019, percebe-se uma clara e proposital distorção na interpretação dos princípios norteadores dos direitos da criança e do adolescente. O livro censurado, uma história em quadrinhos de super-heróis na qual há um casal de personagens que vivem um romance homoafetivo, foi considerado pela

prefeitura do município do Rio de Janeiro como impróprio para crianças e adolescentes. Assim, a pesquisa poderá concluir que há uma manipulação intencional da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente para que se tente legitimar a homofobia institucional e para criar um falso discurso de proteção às crianças e aos adolescentes.

6 Metodologia

Para o presente trabalho será utilizado o método dedutivo, vez que parte-se de uma abordagem geral sobre a teoria da proteção integral e os princípios fundamentais norteadores do direito da criança e do adolescente e finda-se na questão específica sobre o caso de censura à obra infantojuvenil com temática LGBTI, fundamentada na teoria da proteção integral. A pesquisa será do tipo bibliográfica, sendo utilizados livros, artigos de periódicos, teses, dissertações, documentos públicos oficiais, jurisprudências e a legislação brasileira.

7 Resultados

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, crianças e adolescentes não eram considerados sujeitos de direitos e não possuíam direitos fundamentais garantidos. Foi o artigo 227, da Lei Maior, que garantiu que crianças e adolescentes possuíssem os mesmos direitos fundamentais que qualquer outro cidadão. Tal artigo dispõe que cabe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, os mais diversos direitos, incluindo o direito à vida, à saúde, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e de colocá-los a salvo de toda forma de discriminação e opressão (BRASIL, 1988).

Com o dispositivo específico na Constituição Federal tratando sobre os direitos fundamentais que possuem as crianças e os adolescentes, estes passam a ser considerados sujeitos de direitos, atribuindo-se, desse modo, força constitucional ao princípio da proteção integral (ROMÃO, 2017). É nesse momento que a "doutrina da situação irregular do menor" deixa de existir

no ordenamento jurídico brasileiro, dando lugar à “teoria da proteção integral” (CUSTÓDIO, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (lei nº. 8.069/1990) veio no mesmo sentido da Constituição Federal de 1988, garantindo direitos fundamentais para crianças e adolescentes e dispondo sobre a teoria da proteção integral. Pontua-se que, com o Estatuto, houve a regulamentação e o desdobramento do texto constitucional e do disposto na Convenção sobre os Direitos da Criança. É importante destacar, também, que o Estatuto nada mais é do que uma lei especial, ou seja, seus dispositivos têm a qualidade de expressar os próprios princípios (ROMÃO, 2017).

Entre os princípios estruturantes do direito da criança e do adolescente estão o da universalização, que dispõe que todos os direitos fundamentais são passíveis de exigência e efetivação para crianças e adolescentes; o do interesse superior, pois, em uma sociedade capitalista com constante conflito de interesses, deve-se proteger o interesse daqueles sujeitos que estão em fase de desenvolvimento; e o da prioridade absoluta, que estabelece a prioridade na realização de políticas que visam a garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. A teoria da proteção integral à criança e ao adolescente exerce uma função estruturante nesse sistema, pois assegura de forma integral o reconhecimento de todos os direitos fundamentais dos quais todos os sujeitos de direitos são detentores, além de dar uma visão particular a esses sujeitos em desenvolvimento (CUSTÓDIO, 2009).

Tendo como discurso a proteção das crianças e baseando-se na teoria da proteção integral, o prefeito do município do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, por meio da Secretaria Municipal de Ordem Pública (SEOP), determinou a retirada de todos os exemplares do livro *Vingadores*, a Cruzada das Crianças da Bienal do Livro do Rio de 2019, ocorrida entre os dias 30 de agosto e 08 de setembro. A obra é uma história em quadrinhos de super-heróis na qual há um casal de personagens que vive um romance homoafetivo. A autoridade máxima do executivo municipal alegou que a existência de um casal formado por dois homens em uma história direcionada ao público infantojuvenil caracteriza “conteúdo sexual para menores” (QUIERATI; RIBEIRO, 2019). A

notificação emitida pela SEOP à Bienal do Livro trazia o seguinte texto:

Neste sentido, serve esta para notificar a entidade responsável por essa BIENAL DO LIVRO que, na forma da legislação federal e municipal, deverão ser recolhidas as obras que tratem do tema do homotransexualismo de maneira desavisada para o público jovem e infantil, ou seja, QUE NÃO ESTEJAM SENDO COMERCIALIZADAS EM EMBALAGEM LACRADA, COM ADVERTÊNCIA DE SEU CONTEÚDO, sob pena de apreensão dos livros e cassação de licença para a feira e demais que sejam cabíveis. (RIO DE JANEIRO, 2019a, p. 2, grifo do autor).

A suposta exposição de “conteúdo sexual para menores” estaria em desacordo com o disposto no artigo 78, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz o seguinte: “As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo” (BRASIL, 1990). Aquela também estaria incompatível com o artigo 79 do mesmo Estatuto, que dispõe que “as revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil [sic] não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família” (BRASIL, 1990).

Visando o direito de comercializar as obras e não ceder à censura imposta pelo Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, a organização da Bienal do Livro não cumpriu a ordem da SEOP e impetrou mandado de segurança preventivo com pedido de liminar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) contra o prefeito municipal do Rio de Janeiro e contra o Secretário Municipal de Ordem Pública do mesmo município. A liminar foi concedida em decisão monocrática, obrigando as autoridades impetradas “a se absterem de buscar e apreender obras em função do seu conteúdo, notadamente aquelas que tratam do homotransexualismo”, além de “compelir as autoridades impetradas a se absterem de cassar a licença para a Bienal” (RIO DE JANEIRO, 2019a, p. 2).

Contra a decisão monocrática, o Município do Rio de Janeiro ingressou com pedido de suspensão dos efeitos da liminar concedida, alegando que a comercialização de material impróprio e inadequado para crianças e adolescentes trata-se de fato grave e nocivo a esses sujeitos, configurando, assim, ofensa à ordem pública. O caso foi para decisão do Presidente do Tribunal de Justiça, que deferiu a suspensão, corroborando as alegações do Poder Executivo Municipal do Rio de Janeiro e usando como fundamentação os artigos 78 e 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pontuando, ainda, que tal ato não deve ser considerado censura, pois é inadequado que uma obra voltada ao público infantojuvenil aborde a questão da homossexualidade sem que os pais sejam previamente informados da temática (RIO DE JANEIRO, 2019b).

Após a suspensão da liminar, a Procuradora-Geral da República (PGR) à época, Raquel Dodge, ingressou com pedido de suspensão dos efeitos da medida de contracautela deferida pela presidência do TJRJ, visando o impedimento da “censura ao livre trânsito de ideias, à livre manifestação artística e à liberdade de expressão” ocorrida no ato do Poder Executivo Municipal do Rio de Janeiro, que teve cunho discriminatório em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Em decisão monocrática, o Presidente do Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido liminar da PGR para conceder a suspensão da contracautela dada pelo TJRJ, defendeu os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 e os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e pontuou que

No caso, a decisão cuja suspensão se pretende, ao estabelecer que o conteúdo homoafetivo em publicações infanto-juvenis exigiria a prévia indicação de seu teor, findou por assimilar as relações homoafetivas a conteúdo impróprio ou inadequado à infância e juventude, ferindo, a um só tempo, a estrita legalidade e o princípio da igualdade, uma vez que somente àquela específica forma de relação impôs a necessidade de advertência, em disposição que – sob pretensa proteção da criança e do adolescente – se pôs na armadilha sutil da distinção entre proteção e preconceito. (BRASIL, 2019, p. 7, grifos do autor).

Desta forma, ficou clara a motivação homofóbica do ato do Poder Executivo Municipal do Rio de Janeiro, que se utilizou de uma interpretação propositalmente distorcida dos princípios norteadores do direito da criança e do adolescente, sobretudo da proteção integral, para determinar o recolhimento dos exemplares da obra *Vingadores*, a *Cruzada das Crianças da Bienal do Livro do Rio de 2019*.

Ao analisar essa inversão ideológica dos direitos humanos, percebe-se que há um caráter estrutural, por meio do qual essa estrutura se apresenta como sendo de superioridade, exploração e dominação de grupos com mais poder político, econômico e social sobre grupos excluídos e marginalizados. Essa inversão “[é] utilizada para abordar a perversão que esconde os discursos e práticas hegemônicos [...]”, ou seja, o discurso distorcido de proteção aos direitos humanos viola direitos humanos (MARTÍNEZ; FAGUNDES, 2018, p. 404).

Percebe-se a distorção do discurso dos direitos humanos pelas instituições conservadoras para legitimar atos retrógrados e conservadores que excluem grupos historicamente colocados às margens da sociedade e que não possuem direitos fundamentais garantidos. Ao usar como argumento a proteção integral das crianças e adolescentes, direito fundamental desses sujeitos, a ação de censura ocorrida distorceu o conceito da proteção integral para atingir seu objetivo: invisibilizar a existência de casais homoafetivos e violar a dignidade da população LGBTI, que é, historicamente, alvo de preconceito e discriminação.

Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão Liminar nº 1.248. Relator: Dias Toffoli. Brasília, DF, 08 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 11 set. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 02 out. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo; FAGUNDES, Lucas Machado. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico Desde a Filosofia da Libertação**. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nº 0056683-91.2019.8.19.0000. Relator: Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Rio de Janeiro, RJ, 06 de setembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 06 set. 2019a. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 02 out. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Suspensão nº 0056881-31.2019.8.19.0000. Relator: Claudio de Mello Tavares. Rio de Janeiro, RJ, 07 de setembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro**: Rio de Janeiro, 07 set. 2019b. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 02 out. 2019.

ROMÃO, Luis Fernando de França. **Microsistema dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

QUIERATI, Luciana; RIBEIRO, Marcela. **Crivella Pede que Livro dos Vingadores Vendido na Bienal seja Recolhido**. Portal UOL, 05 set. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/05/crivella-pede-que-livro-dos-vingadores-vendido-na-bienal-seja-recolhido.htm>. Acesso em: 02 out. 2019.

Internacionalização dos Direitos Humanos: diálogo do Sistema Interamericano De Direitos e a Jurisdição Constitucional Nacional

Internationalization of Human Rights: dialogue in The Inter-American System of Human Rights and the National Constitutional Jurisdiction

Grégora Beatriz Hoffmann¹

Resumo

O processo de internacionalização do direito ocorreu paralelamente ao surgimento dos Estados Democráticos de Direito, em âmbito interno, principalmente no contexto pós-Segunda Guerra. Para evitar que se repetissem as graves violações de direito perpetuadas por regimes autoritários, pela primeira vez na história da humanidade se estabeleceu uma tutela universal dos direitos humanos a partir da perspectiva de titularidade de direito associada à figura da pessoa humana e a esta intrínseca, independentemente do seu Estado nacional. Na América Latina, após a criação da Organização dos Estados Americanos, aprovou-se a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com competência consultiva e contenciosa, a qual é encarrega-

1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenado pela professora doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas (CIEPPP – financiado pelo FINEP) e ligado ao PPGD da UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Funcionária pública municipal. E-mail: gregora.hoffmann@gmail.com

da da aplicação, interpretação e garantia dos direitos humanos nos Estados que reconhecem sua jurisdição e incorporaram o Pacto de San José da Costa Rica. Nessa perspectiva, o sistema interamericano tem como objetivo estabelecer padrões mínimos comuns em matéria de direitos humanos, bem como controlar o acordado pelos Estados partes pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, constituindo esta última uma jurisdição vinculante, principalmente por meio de suas sentenças. Entretanto, a efetividade das decisões da CIDH depende também da cooperação dos Estados partes em utilizá-las como inspiração para fundamentar as decisões internas, isto é, a aplicação na prática do *corpus iuris* americano. Sendo assim, o problema que orienta a pesquisa é: qual o grau de importância do diálogo entre a jurisdição nacional e internacional, bem como do controle de convencionalidade, distinguindo-o do controle constitucional, na construção do *corpus iuris* americano e na proteção efetiva de direitos humanos? Para tanto, partindo-se do método de procedimento bibliográfico e da abordagem dedutiva, faz-se um retrospecto dos direitos humanos e fundamentais de forma geral, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, para em seguida analisar-se o grau de influência do controle de convencionalidade junto às teorias dialógicas e do interconstitucionalismo para a evolução e atualização da jurisdição nacional.

Palavras-chave: Internacionalização dos direitos humanos. Diálogo interjurisdicional. Controle de convencionalidade. Sistema interamericano.

Referencial teórico

Com a adoção de um modelo de Estado Democrático de Direito e com as preocupações trazidas com a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ocupar um lugar de destaque na organização estatal e, em razão de gerarem uma vinculação do legislador à sua garantia, trouxeram uma dimensão diferente à noção de Constituição. Esta, com o advento do Estado Social, passou a regular mais aspectos, entre eles as relações entre sociedade e indivíduos, não se restringindo apenas às regulações de direitos individuais e negativos, como até então ocorria no Estado Liberal (LEAL, 2007).

Diferentemente dos modelos de Constituição até então vigentes, a Constituição do Estado Democrático de Direito insere um forte peso sobre a igualdade, buscando a concretização real desta e deixando, portanto, de servir apenas como uma ferramenta de garantia contra ingerências estatais. Há uma perspectiva de solidariedade e coletividade, de maneira a garantir direitos e o desenvolvimento do cidadão como parte integrante da sociedade. Se adota, desse modo, uma posição mais humanista e valores são inseridos nas Constituições, estas passando a servir como base e diretriz para serem seguidas (LEAL, 2007).

Esse caráter aberto da Constituição, somado aos princípios que também possuem considerável indeterminação, faz da interpretação um processo natural e, por vezes, necessário, demandando que os Tribunais a exerçam de maneira criativa para poder delimitar seu conteúdo. Nesse contexto, os Tribunais precisaram se valer de diferentes embasamentos para sustentar a atuação e as interpretações realizadas, entre eles o argumento de que os direitos fundamentais são dotados tanto de um caráter subjetivo como de um caráter objetivo. No que tange ao caráter subjetivo, o sujeito tem a faculdade de buscar a tutela de seus direitos judicialmente (SARLET, 2013), o que significa que esses direitos são direitos individuais e nessa condição pertencem aos indivíduos, os quais, portanto, podem ser exigíveis judicialmente.

Afora a modificação sobre o caráter das Constituições após a Segunda Guerra, bem como sobre a concepção dos direitos fundamentais, nota-se uma significativa mudança no contexto mundial quanto à proteção dos direitos humanos. Diante das atrocidades cometidas durante a guerra, assegurar a proteção dos direitos humanos passou a ser não apenas um plano nacional como também internacional em toda e qualquer circunstância. Na América Latina, em 30 de abril de 1948, na 9ª Conferência Internacional Interamericana foi aprovado o Estatuto definitivo da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Esta mesma conferência proclamou também a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em maio daquele ano, sendo este o primeiro documento internacional atinente à proteção dos direitos humanos (GORCZEVSKI, 2009). A declaração reconhece que os direitos essenciais do homem não estão

condicionados ao Estado onde os cidadãos vivem, sendo intrínsecos à pessoa humana, e que a proteção desses é basilar à evolução do direito americano. Onze anos após ser proclamada a Declaração Americana e constatada a necessidade de proteger juridicamente esses direitos, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo da OEA, com o encargo inicial de promover os direitos humanos (GORCZEVSKI, 2009).

Entretanto, somente após a aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, em 1969, que o sistema americano efetivamente superou a fase de mera declaração de intenções e ampliou seu âmbito de proteção dos direitos humanos. Outrossim, também por meio do Pacto São José da Costa Rica, aprovou-se a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal com competência consultiva e contenciosa que ficou encarregado da aplicação, interpretação e garantia dos direitos humanos na América, a cuja jurisdição se subordinam os Estados-partes signatários que reconheçam sua competência.

Dessa forma, a Corte exerce o papel de intérprete máximo das disposições da Convenção Americana, determinando a reparação do dano e a adoção das políticas necessárias para prevenir novas violações. Essa atuação ativa é de suma importância para superar omissões e insuficiências de Estados com democracias recentes, como o Brasil, que ainda convivem com a precariedade nos serviços de proteção aos direitos humanos. Diante da omissão estatal na prestação da devida fiscalização, o sistema internacional subsidiariamente busca suprir as falhas estruturais das instituições nacionais.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi criado para denunciar internacionalmente problemas internos e alertar e denunciar possíveis retrocessos ou violações de direitos humanos dos países membros. As decisões tomadas por aquele vinculam todos os Estados que reconheçam sua jurisdição em casos análogos, sendo obrigatória a observância das decisões, bem como a aplicabilidade destas, como parâmetro na formulação e execução das normas internas. Trata-se de um reflexo do controle exercido pela Corte, o qual pode ser classificado como um controle externo concentrado tanto repressivo como preventivo.

Como já mencionado, isso vem ao encontro da dimensão objetiva de direitos, isto é, o direito transcende a figura do sujeito, e é mais amplo, já que perpassa a ideia da coletividade (LEAL, 2007). Resta claro que a Corte, ao analisar os casos concretos, influencia a interpretação dada aos direitos dentro do *corpus iuris* americano e indiretamente vincula a interpretação para outros casos análogos, visto que a *res interpretata* possui eficácia *erga omnes*, o que é de suma importância para a proteção de direitos, principalmente em Estados de democracia tardia e resistência política, como o brasileiro.

Quando o Estado se submete à jurisdição da Corte, compromete-se com a proteção dos direitos fundamentais não somente no seu Estado. Esse comprometimento independe da nacionalidade, ultrapassando as fronteiras do país em prol do bem comum de todos os seres humanos. Trata-se de um acordo mútuo de colaboração (ALCALÁ, 2013), já que os Estados-partes da CADH, no momento que a ratificam, limitam, em parte, o seu poder estatal em benefício de um bem maior, reconhecendo que o respeito à dignidade humana é intrínseco ao ser humano.

Dessa forma, faz-se necessário adequar o direito interno às disposições e proposições da Convenção, sendo que o Estado, ao adotar medidas internas na atuação normativa de proteção, pode garantir além do convencionado, porém não menos em decorrência dos princípios da progressividade e do julgamento sempre em favor da pessoa humana. De forma alguma pode ser admitido o retrocesso em termos de garantias de direitos humanos.

Percebe-se, assim, que as decisões judiciais da Corte têm efeito em cadeia. Ou seja, frente às decisões, ainda que o Estado não seja parte direta da demanda, o legislador deve adaptar o ordenamento interno. Esta obrigação facilita a atuação do Poder Judiciário, já que este tem um norte para resolver as demandas particulares que porventura necessitem de decisão judicial. Caso o legislador falhe na sua tarefa de adequar o ordenamento jurídico interno à CADH, ainda assim o Poder Judiciário está vinculado ao dever previsto no artigo 2 do documento, devendo abster-se da aplicação de qualquer norma contrária ao convencionado (ALCALÁ, 2013).

Cabe lembrar que um caso chega ao sistema interamericano de proteção apenas quando o Estado falhar internamente, isto é, o sistema nacional não conseguir, mesmo recorrendo a todas as instâncias e esgotando-as, houve violação de direito (ALCALÁ, 2013). Nesse sentido, o controle jurisdicional da CIDH é subsidiário. A atuação deste se dá quando empregados todos os controles jurisdicionais internos do Estado, porém mesmo assim ele falha e não resta outra alternativa para o sujeito que não buscar amparo no tribunal internacional para ter seu direito resguardado.

A efetividade das decisões da CIDH depende também da cooperação dos Estados partes em utilizá-las como inspiração para fundamentar as decisões internas, isto é, a aplicação na prática do *corpus iuris* americano (ALCALÁ, 2013). O juiz nacional é o juiz natural do *corpus iuris* americano, já que é ele quem constrói o direito interamericano por meio de diálogos de cooperação entre os Estados e a CIDH, a qual julga tendo por base as decisões dos juízes nacionais.

Inclusive em matérias ainda não tratadas pela CIDH, pode o juiz natural inovar, ainda que tomando como princípio outras jurisprudências da CIDH, interpretando o direito e definindo um norte a ser seguido, iniciando, assim, um diálogo na esfera interamericana, já que porventura a matéria futuramente poderá ser tratada pela Corte – tarefa de antecipação utilizando o *corpus iuris* americano (ALCALÁ, 2013). Sendo assim, nada impede o juiz nacional na condição de juiz natural de interpretar além, extensivamente, influenciando, desse modo, na jurisprudência interamericana e promovendo o enriquecimento mútuo da jurisprudência em prol da maior efetividade dos direitos convencionados. O intuito desse intercâmbio é construir soluções mediante um esforço comum.

De toda forma, compreende-se que a jurisdição constitucional deve simultaneamente fazer o controle de constitucionalidade e convencionalidade, entendendo, assim, que uma norma pode ser constitucional, mas contrária à CADH. Nesse aspecto, o diálogo interjurisdicional é de suma importância para harmonizar o sistema jurisdicional, tendo em vista a pluralidade normativa pós a conformação de uma ordem jurídica internacional de proteção de direitos humanos. Ao encontro do diálogo como atividade in-

terpretativa capaz de aproximar as jurisdições interna e externa, o controle de convencionalidade é dever de reconhecimento da necessidade de os operadores do direito atuarem conjuntamente com seriedade e prudência em prol de uma lógica de troca de ideias críticas, conexão e respeito mútuo em torno do direito internacional e do direito interno (BAZÁN, 2017).

O novo modelo de proteção constitucional internacional pós-Segunda Guerra é baseado especialmente no princípio *pro homine* e na adequada aplicação do controle de convencionalidade nos ordenamentos internos. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos assume uma posição subsidiária na ampliação das normas de proteção e a Constituição, como um documento flexível, vai se adaptando de acordo com a evolução dos direitos humanos e a internacionalização desses direitos de proteção independentemente da nacionalidade do sujeito (LEDESMA, 2012).

O diálogo entre jurisdições pressupõe a existência de uma complementariedade entre os diversos juízes e tribunais, tanto internos como internacionais, em busca da evolução do direito, retirando, assim, a hierarquia e a relação de autoridade entre órgãos judiciais, os quais passam, de forma conjunta, a buscar soluções em termos de direitos fundamentais. Tem-se aqui a interconstitucionalidade do direito (LEAL, 2018).

Quanto ao controle de convencionalidade, este visa a aplicação harmônica dos direitos vigentes internamente e internacionalmente (ALCALÁ, 2013). Em um plano externo, o tribunal internacional avalia se o Estado-parte, por meio de normas e atos, violou direito convencionalizado e se este é um caso de responsabilização internacional. Essa decisão sobre a ocorrência de violação ou não, bem como as possíveis sanções dela decorrentes, vinculam todos os Estados-partes e não apenas o Estado violador diretamente condenado. Isto significa que as decisões nacionais do Estados-partes implicam em infrações internacionais, já que hoje existe amparo interamericano de direitos, o que não existia antes da criação do sistema internacional de proteção de direitos humanos.

Sendo assim, a relação entre as jurisdições interna e externa assume um caráter mais do que essencial, pois é do diálogo in-

terjurisdicional que pode decorrer uma melhor aplicabilidade das decisões interamericanas.

Considerações finais

Considerando a perspectiva dos direitos humanos no contexto mundial pós-Segunda Guerra e o status de importância conferido à Constituição e aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, nota-se que a partir de então a omissão estatal na devida proteção dos direitos essenciais ao homem gera fiscalização do sistema internacional subsidiariamente.

Nesse sentido, na América Latina, após o Pacto de São José da Costa Rica e a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta, na condição de tribunal intérprete máximo das disposições da Convenção Americana, constituiu um sistema com ferramentas importantes na concretização dos direitos protegidos pela Convenção Americana e tidos como basilares em nossa sociedade.

A atuação ativa da Corte é de suma importância para superar omissões e insuficiências de Estados com democracias recentes que ainda convivem com a precariedade nos serviços de proteção aos direitos humanos. Mostra-se significativo o caráter vinculante das decisões interamericanas, que obrigam os Estados membros a adaptarem seus ordenamentos internos, muito embora seja descolada a perspectiva de hierarquia de jurisdições. O foco é a sinergia, o diálogo entre as jurisdições como instrumento hábil para alcançar soluções para os novos desafios jurídicos, especialmente no âmbito de proteção de direitos humanos.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo Interjurisdiccional y Control de Convencionalidad Entre los Tribunales Nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, año XIX, p. 511-553, 2013. Disponível em: www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf. Acesso em: 23 ago. 2019.

BAZÁN, Víctor. Prólogo. In: DALENOGARE, Felipe Alves; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Diálogos Continentais Sobre o Controle de Convencionalidade**. Curitiba: Prismas, 2017.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania: conhecer, educar e praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional: interconstitucionalidade e diálogo entre Cortes na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. In: ARROYO, César Landa; SARLET, Ingo Wolfgang; SCHIER, Paulo Ricardo (org.). **Direitos Humanos e Fundamentais na Perspectiva da Democracia Interamericana**. 1. ed. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

LEDESMA, Eréndira Salgado. La Probable Inejecución de las Sentencias

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 26, p. 221260, jun-dez 2012.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**. 1969. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre. Acesso em: 15 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Políticas de atendimento: a saúde na identificação e enfrentamento do trabalho infantil¹

Attendance policy: the health in the identification and coping of child labour

Higor Neves de Freitas²

Resumo

Apesar de o trabalho infantil estar em desacordo com a legislação nacional e internacional, crianças e adolescentes se encontram ainda nessa situação, oportunidade na qual realizam atividades que extrapolam seus limites e prejudicam o seu pleno desenvolvimento. Assim, se torna importante uma articulação da rede de atendimento, inclusive na área da saúde, para a identificação e o enfrentamento do trabalho infantil. O objetivo geral é compreender as políticas de atendimento na área da saúde na identificação e enfrentamento do trabalho infantil. Buscou-se solucionar o seguinte problema: Como se estabelece a atuação das políticas de atendimento na área da saúde para a identificação e enfrentamento do trabalho infantil? A hipótese indica uma articulação da rede de atendimento **e a área da saúde**, por meio de estratégias de identificação, diagnóstico e avaliação e os encaminhamentos para realizar o enfrentamento do trabalho infantil. O método de abordagem é o dedutivo e o de procedimento é o

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 Mestrando em Direito com Bolsa Prosc Capes Modalidade I pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC), do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC), do Projeto de Pesquisa sobre Violência Intrafamiliar contra Crianças e Adolescentes e Políticas Públicas (URCAMP) e do Projeto de Extensão sobre Trabalho Infantil e Políticas Públicas para o seu enfrentamento no município de Bagé-RS (URCAMP).
Endereço eletrônico: freitashigor_@hotmail.com.

monográfico, utilizando das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Adolescente. Criança. Políticas Públicas. Trabalho Infantil.

1. Introdução

Apesar de o trabalho infantil estar em desacordo com a legislação nacional e internacional, que define uma proteção jurídica contra tal exploração, crianças e adolescentes ainda se encontram nessa situação e acabam realizando atividades que extrapolam os seus limites, o que resulta em prejuízos ao seu pleno desenvolvimento.

2. Objetivos

Para tanto, se buscou compreender as políticas de atendimento na área da saúde na identificação e enfrentamento do trabalho infantil. Já os objetivos específicos buscam analisar a proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil, os prejuízos do trabalho infantil ao desenvolvimento humano de crianças e adolescentes e as políticas de atendimento na área da saúde para a identificação e enfrentamento do trabalho infantil. Como problema de pesquisa, buscou resolver o seguinte problema: Como se estabelece a atuação das políticas de atendimento na área da saúde para a identificação e enfrentamento do trabalho infantil?

A hipótese indica uma articulação das políticas públicas de saúde com os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente para estabelecer estratégias de identificação, a avaliação e o diagnóstico, bem como de encaminhamentos, possibilitando o enfrentamento do trabalho infantil.

3. Metodologia

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o método de procedimento monográfico. O desenvolvimento da pesquisa se realizou por meio das **técnicas de pesquisa** documental e bibliográfica, utilizando-se de doutrinas, artigos publicados e da legislação pertinente.

4. Referencial teórico

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou a teoria da proteção integral ao ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a condição de sujeito de direitos e um rol de direitos fundamentais às crianças e adolescentes por meio do estabelecimento de uma tríplice responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado.

Assim, se rompeu com as antigas concepções que foram incorporadas pela tradição menorista, que regulamentava um controle por meio de repressão, e estabeleceu-se uma base principiológica, a qual foi regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, promovendo os direitos fundamentais das crianças e adolescentes. (BRASIL, 1990) Assim, a Constituição Federal estipulou idades mínimas para o exercício de atividades de trabalho, proibindo o “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” e sendo regulamentado posteriormente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1988).

Destaca-se, também, que a saúde passou a ser garantida também como um direito social e fundamental, nos termos artigo 7º, IV e XXII da Constituição Federal, existindo uma competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para concretizá-lo e se tornando um direito de todos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, a saúde se sedimentou como um direito subjetivo público e dever do Estado, nos termos do artigo 30 do texto constitucional, devendo-se oportunizar os serviços necessários para o atendimento integral da população e constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS) como um dos pilares básicos da seguridade social. (BRASIL, 1988) Já o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente determinou “a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desen-

volvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” e ainda o “acesso integral às linhas de cuidado voltadas à saúde da criança e do adolescente” por meio de um intermédio do SUS, nos termos do artigo 11 do estatuto mencionado (BRASIL, 1990).

Isso porque o trabalho infantil acarreta inúmeros prejuízos à criança e ao adolescente, causando desde sequelas irreversíveis até danos significativos no desenvolvimento integral desses. Ademais, a privação da infância e a impossibilidade de vivenciar os processos de modo saudável compromete a qualidade de vida das crianças e adolescentes. (CUSTÓDIO; REIS, 2015, p. 175)

O trabalho infantil acarreta consequências complexas que atuam sobre o desenvolvimento da criança e do adolescente e sobre todo o núcleo familiar. Ele ameaça o desenvolvimento físico, aqui compreendida a saúde como um todo – resistência física, visão, audição, coordenação motora; danifica o desenvolvimento cognitivo – desde a alfabetização, o aprendizado e a aquisição de conhecimentos; perturba o desenvolvimento emocional, no que se refere à constituição da autoestima, da compreensão dos sentimentos de amor, aceitação, dos elos familiares; altera, ainda, o desenvolvimento social e moral, no que diz respeito à identificação com determinado grupo, ao discernimento entre o que é certo e o que não é, à possibilidade concreta inter-relacional, à habilidade de cooperação. (CUSTÓDIO; VERONESE, 2007, p. 105)

Nesse contexto, o Estado passou a estabelecer políticas públicas que garantam “à criança e ao adolescente o direito de proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (CUSTÓDIO, 2009, p. 44). Nesse passo, o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Saúde do Trabalho, com a portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012, que passou a definir princípios, princípios, estratégias para o desenvolvimento da atenção integral à saúde do trabalhador. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012)

[...] a Política Nacional de Saúde para a Erradicação do Trabalho Infantil objetiva contribuir para a identificação e prevenção do trabalho infantil, por meio de ações educacionais, de vigilância e de atenção, sempre com ações pautadas pela atenção integral à saúde dos trabalhadores precoces. Neste sentido, a área da saúde reveste-se de relevância, tendo em

vista ser a porta de entrada do serviço público, com papel estratégico na identificação do trabalho infantil atuando conjuntamente com o Conselho Tutelar. Atendendo, ainda, aos pressupostos básicos do SUS como a prevenção, assistência e reabilitação, insere-se a ênfase na intersetorialidade para o enfrentamento ao trabalho infantil, pautada no respeito às especificidades de cada setor e na realização de ações com os Ministérios do Trabalho, Educação, Esporte, Justiça, Assistência Social, Secretaria dos Direitos Humanos, Ministério Público, com o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, CONANDA, Conselhos Tutelares e outros. (LEME, 2017, p. 814-815)

O Serviço de Saúde, portanto, deve mapear e identificar a situação de toda criança e adolescente que procurar tal serviço, verificando-se se há histórico progresso de trabalho infantil no ambiente familiar. Caso ocorra a identificação de situação de trabalho infantil, a criança ou adolescente que se encontre nessa situação será afastada e haverá a notificação imediata do Sistema Nacional de Notificação (Sinan) do Ministério da Saúde, dos Sistemas de Vigilância em Saúde Estaduais e Municipais, da Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, do Ministério Público do Trabalho e do Conselho Tutelar, realizando-se, ainda, uma investigação sobre a existência de outros trabalhadores nessa situação. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 14/15) A identificação provoca a obrigatoriedade de notificar o Conselho Tutelar da respectiva localidade, consoante artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo existir responsabilização nos casos de omissão. (BRASIL, 1990)

Há, ainda, uma avaliação e um diagnóstico das crianças e adolescentes que possuam histórico progresso de trabalho, oportunidade na qual será avaliada a exposição a fatores de risco e a avaliação da saúde das crianças de acordo com os parâmetros do Ministério da Saúde. Por fim, existe uma etapa de encaminhamento, devendo as crianças e adolescentes em situação de trabalho serem incluídos em atividades de educação, tanto de saúde quanto de segurança do trabalho, juntamente com suas famílias, estabelecendo-se, ainda, uma articulação entre a vigilância em saúde para a avaliação do ambiente e processo de trabalho e a promoção intersetorial com os demais integrantes das redes de

proteção e atendimento dos direitos da criança e do adolescente. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 15-17)

[...] a intersetorialidade e a integração da área de saúde no sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente tornam-se desafios primordiais com ações de planejamento conjuntas como forma de articular a macropolítica e estabelecer diretrizes de ação local, sendo necessária a integração e a análise dos estudos realizados sobre os temas trabalho infantil e saúde nas próprias estratégias propostas na política nacional de combate ao trabalho infantil e nos programas de atendimento direto à criança e ao adolescente (CUSTÓDIO et. al., 2010, p. 170).

Desse modo, a atuação integrada do Sistema de Garantia de Direitos se torna fundamental para a prevenção e erradicação do trabalho infantil, possibilitando políticas públicas de saúde que identifiquem e enfrentem o trabalho infantil e garantam o atendimento das crianças e adolescentes exploradas.

5. Conclusão

Com o desenvolvimento da pesquisa, se demonstrou a construção de uma proteção jurídica contra a exploração do trabalho infantil que se consolidou pela Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e sedimentaram, ainda, o direito fundamental à saúde, que garantiu o atendimento integral de crianças e adolescentes, pois, apesar da extensa proteção jurídica, crianças e adolescentes ainda são exploradas em atividades de trabalho, o que resulta em prejuízos ao seu desenvolvimento humano.

Torna-se necessária, portanto, a promoção de uma integração e intersetorialidade das políticas públicas de saúde com o Sistema de Garantia de Direitos, pois, além de oportunizar o atendimento das crianças e adolescentes em situação de trabalho infantil, possibilita a prevenção e a identificação para o devido encaminhamento para o restante da rede. Assim, o enfrentamento do trabalho infantil se solidifica com um esforço das instâncias do SUS e a integração com os demais órgãos que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, que envolve estratégias de identificação, o diagnóstico e a avaliação, bem como os encaminhamentos.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm Acesso em: 26 set. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; COSTA, Marli Marlene Moraes da; AQUINO, Quelen Brondani de. O direito de proteção contra a exploração do trabalho infantil e as políticas públicas de saúde no Brasil. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; REIS, Suzéte da Silva. (Orgs). **Direito, cidadania e políticas públicas IV**. Curitiba: Multideia, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana; REIS, S. S. Fundamentos das limitações ao trabalho infantil e a proteção à saúde do trabalhador adolescente. In: Luciane Bisognin Ceretta; Reginaldo de Souza Vieira; Sheila Martignago Saleh. (Org.). **Direito sanitário**. 1 ed. Curitiba: Multideia, 2015.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil**. 01. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

LEME; Luciana Rocha. *A articulação interinstitucional e intersetorial das Políticas Públicas para a Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil no campo*. In: VEROSENE, Josiane Rose Petry (organizador). **Direito da criança e adolescente: Novo curso – Novos temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.823**. 2012. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt1823_23_08_2012.html. Acesso em: 25 set. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Trabalho infantil: diretrizes para atenção integral à saúde de crianças e adolescentes economicamente ativos**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005.

O controle social diante da ruptura entre povo e instituições

Caroline Muller Bitencourt¹

Davi Michels Ilha²

O presente artigo visa discutir a crise da democracia brasileira, a qual põe em xeque o próprio Estado Democrático de Direito. A pesquisa se justifica pela necessidade que há em se tratar a crise que tem assolado o mundo ocidental, cujas democracias são ameaçadas pelas dificuldades em encontrar saídas de tal situação, tendo visto que o agravamento da crise poderá gerar o fim da democracia.

O artigo apresenta como problema de pesquisa o seguinte questionamento: quais são as alternativas possíveis para se ultrapassar e resistir a crise da democracia brasileira? Tem-se por objetivo compreender de que modo a ordem constitucional pode garantir a sua legitimidade e representatividade diante do cenário de crise das instituições do direito, visando-se, especificamente, analisar como o controle social pode auxiliar no crescimento da representatividade popular das Instituições Democráticas e na legitimidade destas diante do povo.

Visando responder o problema de pesquisa, o estudo se divide em quatro partes. Primeiro há de se conceituar e analisar a crise de representatividade das instituições democráticas como um fenômeno ocidental atual, buscando apresentar um panorama da crise e conceituando-a de modo a relacionar os termos povo (demo) e poder (cracia) para então identificar a separação de ambos. Em seguida, identificar-se-á as causas e consequências de tal crise, buscando assim que fossem encontradas, a fim

1 Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pesquisadora vinculada ao Centro de Estudos e Pesquisa em Políticas Públicas. E-mail: carolinemb@unisc.br

2 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista na modalidade PUIC, orientado pela Professora Dra. Caroline Muller Bitencourt. Membro do grupo de pesquisa Controle Social e Estado Pós-democrático. E-mail: daviilha00@gmail.com

de se saber como ela se desenvolveu tanto nas últimas décadas, tornando-se cada vez mais forte a separação entre as massas e as instituições, elencando alguns fatores do que se tem chamado de crise da democracia liberal no Brasil. A terceira parte trata de projetar o controle social como meio capaz de resistir a crise da ordem constitucional e a última de observar a relação circular entre controle social e confiança popular, afirmando aquela como relação fundamental e necessária para as últimas e enfatizando que a confiança popular não é apenas consequência, mas pressuposto do controle social.

Com isso, desenvolve-se a hipótese de que o controle social pode se constituir como um meio de resistência frente à crise das instituições democráticas, especialmente se houver um incremento no âmbito da participação popular com o desenvolvimento de mecanismos de fomento do acesso à informação e transparência, a fim de gerar a confiança nas instituições. O método de abordagem utilizado é o dialético e o método de procedimento é o bibliográfico.

Analisou-se, em um primeiro momento, a crise como conceituada por Santos (2017), um abismo, uma separação. O que separa duas ou mais coisas, bem como o abismo, o vale, se encontra no meio de dois cumes. Ou seja, para falarmos de crise, precisamos falar de dois ou mais pontos de referência, de coisas que estão separadas, que estão desunidas. Existem dois movimentos dentro da crise, a diácrise, isto é, um aumentar da crise, um separar mais; e a síncrise, que é entendida como um superar a crise, a reunião do que estava desunido, separado (SANTOS, 2017, p. 47).

Nesse sentido, a crise entre ordem constitucional e povo é uma crise da democracia. Casara (2017) conceitua a crise de modo diverso de Santos (2017), trazendo por crise a ideia de um momento específico no qual um paciente terminal melhora ou morre. Assim, o autor projeta que a crise na qual vivemos foi fabricada para justificar os avanços do Estado Pós-Democrático, criando um Estado de crise permanente, o que seria um contrassenso tal qual o Estado de Exceção permanente apresentado por Agamben (2004), pois a crise aqui não pode ser permanente e tratá-la como permanente seria uma contradição em termos.

A crise, como trazida por Santos (2017), ainda pode ser vista a partir de um outro conceito, o de ruptura, como uma separação entre povo e instituições (CASTELLS, 2018). Assim, a crise aqui entra tanto como a ruptura entre a população e a administração pública quanto como uma desculpa para justificar atos autoritários e o enfraquecimento das instituições e da concretização dos direitos fundamentais.

Castells (2018), cuja obra sobre a crise da democracia liberal é referência, elenca diversos pontos que propiciaram e propiciam esta crise, entre eles: "o asco pela corrupção sistêmica da política foi um fator determinante na falta de confiança em representantes que eram pagos pelos próprios cidadãos e que, contudo, se proporcionavam um generoso salário extra aproveitando-se do cargo e espoliando as empresas" (CASTELLS, 2018, p. 18).

Assim, a corrupção maciça de parte da classe política criou um estigma difícil de desaparecer. Diante disso, a falta de confiança nas instituições, que são a base da democracia liberal, traz uma descrença no sistema político e democrático como um todo, fazendo com que a população muitas vezes pessoalize anseios e esperanças em algum messias político que irá salvá-los da corrupção e do atraso burocrático.

Com o discurso anticorrupção, então, direitos fundamentais são deixados de lado e o Estado avança cada vez mais em poder sobre a vida do cidadão. Encontra-se, assim, a justificativa perfeita para destruir direitos sociais e restringir direitos individuais: a luta contra a corrupção. As forças da pós-democracia, logo, propagam que a política e o Estado são corruptos, a fim de distanciar povo e Administração Pública (LOPES, 2019, p. 55).

Somado a isso encontra-se uma estratégia de marketing político chamada política do escândalo, por meio do qual o adversário da vez é difamado com fatos distorcidos e até com invenções. Todavia, tal campanha para minar a confiança popular em algum político adversário específico acaba por tomar proporções magnas e minar a confiança do povo no próprio sistema político. Castells (2018, p. 21) diz que

Embora os efeitos da política do escândalo sobre políticos específicos sejam indeterminados, tal política gera um efeito

secundário que é devastador: o de inspirar o sentimento de desconfiança e reprovação moral sobre o conjunto dos políticos e da política, contribuindo assim para a crise de legitimidade. (grifos nossos).

Com isso, o clima de insegurança e suspeita criado sobre adversários políticos e as agressões mútuas em relação à integridade moral entre concorrentes, contribuíram para a eclosão de uma desconfiança geral e disseminada, patrocinando, desse modo, conflitos não esperados: entre povo e congresso (legislativo); entre povo e Supremo Tribunal Federal (judiciário); entre povo e Planalto (executivo); e entre povo e governo. Compreenda-se, um conflito entre *demos* e *cracia*.

Somados àqueles, o medo da globalização e o sentimento de perda de identidade pela qual o mundo vem passando faz com que se tente retornar ao grupo originário e fechado, fundador da cidade, do sentimento nacionalista em questão. O medo do outro, do multiculturalismo propagado pelas “elites cosmopolitas”, contribui para que o cidadão sintá-se como se seu sistema, **sua** democracia estivesse ruindo e uma medida drástica e inconveniente é necessária para que se consiga atravessar com êxito o período de trevas de representatividade (CASTELLS, 2018, p. 30). O pronome possessivo *sua* aparece em negrito por ser importante. Crê-se hoje que a democracia é boa apenas quando é do “nosso” lado, quando as decisões tomadas são as que o grupo em questão quer que sejam aprovadas. A legalidade, a democracia e a dignidade humana, pilares do Estado Democrático, tendo de prever limites legais ao poder e concretizar direitos fundamentais e sociais (BITENCOURT, 2019. p. 69), são deixados de lado e relativizados a fim de criar-se uma nova forma de Estado, sacrificando a democracia em nome da própria democracia (Agamben, 2004). Assim, quando o povo não se sente representado por suas instituições e cai em extremismos, a democracia corre perigo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 22), sendo que, em vistas de tal situação, camadas da sociedade acabam por colocar fé em uma personificação de seu ódio e preconceito contra as instituições da democracia liberal que tiraram do povo o poder de democracia real (CASTELLS, 2018).

Do mesmo modo, Santos (2017), ao analisar as fases do poder político no decorrer da história, traz a ideia de que normalmente (ainda que não necessariamente) o poder do povo, a democracia, é seguida pela Plutocracia, ou seja, o governo dos *plutoi*, dos ricos. Assim, a escada do poder costuma ir cada vez mais para longe da democracia. O autor diz ainda que essas fases não se repetem mecanicamente, pois há graus de intensidade diversos, retardamentos, fluxos e refluxos “que impedem considerá-las exatas, mas apenas rigorosas” (SANTOS, 2017, p. 144). Ainda que em consonância com o autor, afirma-se a importância de tal análise, mas nega-se sua invariabilidade (coisa que Santos jamais afirmou) para afirmar a liberdade humana e sua capacidade de escolher seus próximos passos, inclusive em relação a resistir, acabar, diminuir ou aumentar a crise.

Tendo em vista que a crise de representatividade atinge as instituições nesse momento, busca-se uma forma de combatê-la e ultrapassá-la. O controle social aqui entra como ferramenta para que se possa lutar contra a crise e resisti-la, a fim de que haja uma posterior síncriese, uma reunião entre povo e instituições.

Em um primeiro plano, convém ressaltar que o controle social não é simplesmente a participação social. Em verdade, a participação social ocorre quando se acompanha uma decisão enquanto ela está sendo tomada, quando o povo participa de uma tomada de decisão por parte do Estado. O controle social, por sua vez, é a fiscalização de se o acordado anteriormente está realmente sendo cumprido pela administração pública. Com isso, pode-se dizer que o controle social pressupõe a participação social, mas, para a participação social, o controle social não é uma necessidade (BITENCOURT; RECK, 2016, p. 98).

Somando-se a isso, é mister lembrar que para o controle social o direito de acesso à informação e a transparência é imprescindível. O direito ao acesso à informação não é o direito de informação, pois este é o poder de transmitir e receber informações livremente, enquanto o acesso à informação é o direito que o cidadão tem que o Estado e que as instituições públicas e democráticas prestem informações do que fazem, mesmo que ninguém peça e não haja solicitação para tal. Essa informação, por sua vez, deve ser realmente transparente; ou seja, o cidadão

que ler a informação disponibilizada pelo órgão público (ou privado com ligações ao poder público) deve poder entender o que está vendo. Sendo assim, não basta que sejam disponibilizados dados cheios de termos técnicos estranhos ao cidadão comum, os quais dificultam a assimilação por este, mas sim dados os mais claros possíveis, de modo que o cidadão materialmente seja informado. Caso o acesso à informação e transparência não ocorra dessa maneira, o controle social torna-se apenas mais um direito formal sem existência material, no mundo real.

Explicado o que é o controle social e qual a sua relação com a participação social, vê-se que o controle da sociedade sobre as instituições democráticas pressupõe a participação social, ou seja, dentro do controle social se encontra a participação social. Sendo assim, pode-se dizer que a função do controle social é mais completa que a função da participação social, pois esta está inclusa na atividade do controle social, sendo que este não se limita a apenas participar, mas vai além, fiscalizando e cobrando que o combinado anteriormente seja cumprido pelas instituições (BITENCOURT, 2019).

Sabendo que o controle social requer participação, nota-se que tal participação popular só é possível em estados que sejam democráticos não apenas formalmente, mas materialmente. Isto é, para que haja controle social é necessário que o Estado promova meios culturais, educacionais, sociais e políticos que permitam que a sociedade possa observar, meditar e atuar sobre ela mesma e as instituições que a compõem (BITENCOURT; PASE, 2015). Em seguimento, a relação entre controle social e democracia é necessária e fundamental, sendo que sem o controle social *demo* (povo) se separa de *cracia* (poder), e sem uma democracia efetiva não é possível que haja controle social. Tem-se, pois, uma relação recíproca entre ambos.

Entendendo-se que quando o povo participa do governo ele legitima-o, o presente artigo traz a hipótese que o controle social pode combater a crise. Entretanto, é suficiente o controle social para realizar-se tão difícil resistência? Em um primeiro momento parece que não, haja vista que seria necessário para tal que o povo se esforçasse em participar do governo de maneira ativa, que houvesse encontros e prestações de contas entre

povo e instituições, que as instituições democráticas não se esquivassem do espírito de transparência e apresentassem seus dados de maneira que a população pudesse entendê-los e, para isso, seria necessário boa-fé por parte dos servidores em fazer valer os valores democráticos por quais o povo realmente participasse e tivesse as rédeas da nação e a ordem constitucional se apresentasse sem rodeios para a população que ela representa. Além disso, seria necessário que tal população tivesse condições materiais de compreender e analisar a ordem constitucional de maneira a poder realmente posicionar-se e trabalhar em cima das decisões acordadas e das a acordar-se, sem contar o elemento básico de uma saudável democracia liberal, a “vontade de constituição” (HESSE, 1991), necessária de todos os agentes em uma boa democracia. Entenda-se por vontade de constituição a vontade de se fazer cumprir o que foi acordado na Carta Magna, a vontade de trazer ao campo material, da realidade, o que está no campo formal, do papel.

Tendo em vista os argumentos que demonstram que uma multiplicidade de ações seria necessária para a garantia da legitimidade da ordem constitucional, ou seja, para a superação da crise entre povo e ordem constitucional, parece que o controle social por si só não é suficiente para tal enfrentamento. Alguns dos pontos elencados são a aparição material do controle social, tais como a ideia de que a Administração Pública promova encontros entre ela e o povo, bem como a população tenha vontade ativa e meios de fiscalizar os órgãos públicos e afins, tendo capacidade para interpretar dados que a administração pública, dentro da cultura de transparência, disponibilize para os cidadãos.

Tratando-se da “vontade de constituição”, aqui tal vontade se apresenta como pressuposto do controle social, sendo que, tendo o povo vontade de fazer com que a constituição seja cumprida, este buscará realizar seu papel dentro da ordem constitucional, de maneira a realizar materialmente o controle social. Do mesmo modo, os agentes públicos, inspirados pela “vontade de constituição”, propagarão a cultura de transparência, facilitando ao máximo o acesso à informação (HESSE, 1991).

Assim, a tese de Hesse (1991), apesar de não ser o objeto de estudo desta análise, traz muitíssimas contribuições ao assun-

to tratado neste artigo. Destarte, a “vontade de constituição” pode ser considerada fundamental para a saúde jurídica, política, social e econômica de uma nação, tendo implicações amplas dentro do direito constitucional, inclusive repercutindo fortemente dentro do controle social, assim como dos pressupostos e das consequências deste.

Todavia, como dito, o controle social depende da vontade de constituição para existir materialmente, coisa que não está em alta em uma nação cuja crise das instituições se agrava diariamente. Assim, vemos que a força formal do controle social tem dificuldades em se estabelecer em uma realidade que não disponha materialmente dos elementos necessários para que haja um controle social atuante realmente. Analisando a relação entre controle social e confiança popular, em um primeiro momento, fica claro que quanto mais se tem controle social, mais se tem confiança por parte da população. Ora, quanto mais o povo participa e fiscaliza o governo, mais ele pode confiar que as instituições democráticas estão sendo boas.

A partir disso, uma reflexão se faz necessária: um povo que desconfia absolutamente de seu governo não crerá que os dados passados são confiáveis ou acessíveis realmente, de modo que não se interessarão por participar da administração pública e fiscalizá-la, uma vez que creirão ser inútil ou incrivelmente difícil encontrar dados que realmente sejam verdadeiros. Com isso, começamos a vislumbrar que a confiança popular, além de consequência, é de certo modo também pressuposto do controle social.

É mister destacar que a confiança popular consegue emergir materialmente na sociedade sem necessariamente usar do controle social, mas o controle social não consegue existir materialmente sem uma base existente de confiança razoável do povo nas instituições. Assim, materialmente só é possível o surgimento do controle social a partir de uma sociedade que tenha confiança em suas instituições, estando tudo, é claro, ancorado na vontade de constituição que deve permear as sociedades maduras e realmente democráticas.

A confiança popular está, logo, em um relação recíproca com o controle social, embora seja mais importante que o contro-

le social, uma vez que sem uma confiança razoável não é possível que haja materialmente um efetivo controle social. Tal é a importância da confiança da população que ela é pressuposto (a vontade de constituição também é) da participação social, que por sua vez é um elemento necessário para a existência do controle social.

Em vista das considerações finais, pode-se afirmar que a crise das instituições democráticas, isto é, a separação entre povo e ordem constitucional, como conceituada, é uma realidade em vários países ocidentais e não simplesmente um fenômeno local. Ainda, vemos que tal crise se deu por inúmeros motivos e, se não resolvida, acarretará o fim da democracia, com a vinda de um Estado pós-democrático inspirado em modelos neoliberais, talvez em uma espécie de plutocracia.

Apresentou-se o controle social como alternativa para resistir à crise, como conceituada por Santos (2017), ou à ruptura, como conceituado por Castells (2018). Todavia, a partir do exposto, é possível concluir parcialmente que diversos são os atributos necessários para se resistir realmente frente à crise das instituições democráticas de direito e do povo. Assim, mostrou-se que vários desses atributos podem ser encontrados dentro do controle social quando este está efetivamente em funcionamento, tendo em vista que ele pressupõe a maturidade dos conceitos de participação social, confiança popular, cultura de transparência e vontade de constituição, sendo estes que fazem com que o controle social seja tão poderoso formalmente e tão impotente materialmente. Embora não haja certeza de que o controle social não conseguirá resistir à crise da ordem democrática constitucional, afirma-se que é improvável que ele seja realmente eficiente em tal resistência.

Desse modo, depois de revisada a doutrina e os fatos históricos, pode-se ver que a crise não é algo simples e fácil de curar, sendo necessárias confiança popular, vontade de constituição, cultura de transparência e participação social para que possamos pensar em transcendê-la. Se pode dizer, então, que a hipótese foi negada parcialmente, pois, embora o controle social seja fundamental para o avanço da síncriese entre povo e instituições, podendo inclusive ser um fator determinante de tal

síncrise, ele não é o único agente e é fortemente influenciado pela confiança popular, pela vontade de constituição e pela participação popular, que por sua vez só ocorre materialmente dentro de uma democracia madura. Ademais, pode-se afirmar que sem o controle social não será possível acabar com a crise entre *demo* (povo) e *cracia* (poder; aqui as instituições) nem resisti-la, embora não possamos afirmar que o controle social será capaz de resistir e/ou acabar com a crise.

Com isso, embora formalmente pareça que há no controle social uma capacidade de resistência diante da crise, materialmente a situação se demonstra cheia de problemas que impossibilitam a efetividade daquele, tendo-se em vista que ele é uma entre outras ferramentas que precisarão cooperar entre si para uma resistência eficiente frente à separação entre povo e instituições e o advento do Estado pós-democrático. E, ao menos em momento, não há a disposição madura dos fatores necessários para a efetiva ação do controle social na democracia (ou seria pós-democracia?) brasileira.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Acesso à Informação para o Exercício do Controle Social**: desafios à construção da cultura de transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal. 2019. Tese (Pós-doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A Necessária Relação Entre Democracia e Controle Social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 293-311, jan.-abr. 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da Transparência na Contratação Pública no Brasil: o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública.

Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, mai.-ago. 2016.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LOPES, André Inácio. **Desafios do Acesso à Informação e Transparência para o Exercício do Controle Social Ante a Caracterização do Estado Pós-Democrático no Brasil**. 2019. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2019.

SANTOS, Mário Ferreira. **Filosofia da Crise**. São Paulo: É Realizações, 2017.

ZIBLATT, Daniel; LEVITSKY Steven. **Como as Democracias Morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

A atuação do Conselho Tutelar na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes

The actuation of the Tutelary Council in achieving fundamental rights of children and teenagers

Maria Eliza Leal Cabral¹

Meline Tainah Kern²

1 Considerações iniciais

O tema deste resumo é a atuação do Conselho Tutelar na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. O objetivo geral é estudar o Conselho Tutelar a partir da organização do sistema de garantias de direitos de crianças e adolescentes. Os objetivos específicos consistem em contextualizar o Conselho Tutelar a partir de suas características gerais e investigar a atuação desse na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

O problema de pesquisa reflete a seguinte indagação: qual é a atuação do Conselho Tutelar na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes? A hipótese indica que apesar do Conselho Tutelar ser um órgão muito conhecido pela população, o qual atua na proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, há algumas distorções em torno da sua atuação, estas decorrentes da confusão em torno das atribuições dos demais órgãos do sistema de garantias de direitos.

1 Mestranda no Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens e do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. E-mail: melizacabral@gmail.com

2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens. E-mail: meline_kern@hotmail.com

O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento é o monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

2 Referencial teórico

A partir de 1980, com processo de redemocratização do Brasil, originaram-se debates em torno da infância e, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos em face da peculiar condição de pessoas em processo de desenvolvimento.

Ao incorporar o princípio da proteção integral, a Constituição Federal inaugura um novo paradigma, rompendo definitivamente com as ideias decorrentes da doutrina da situação irregular. A partir do artigo 227, a Constituição Federal impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente 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 (BRASIL, 1988).

Baseados nos princípios da descentralização, desjudicialização, prioridade absoluta, despoliciamento e democracia, o estabelecimento de meios adequados para a concretização dos direitos da criança e do adolescente se deu a partir da Estatuto da Criança e do Adolescente. Este previu a implementação de um sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente baseado na tríplice responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Poder Público (CUSTÓDIO, 2006).

Com o reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente estampado no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, e seu disciplinamento no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, instalou-se um compromisso institucional compartilhado visando proteção e garantia plena à efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes brasileiros. Nesse contexto, foi prevista a criação do Conselho Tutelar como órgão central da política de proteção aos direitos de crianças e adolescente. (CUSTÓDIO; SOUZA, 2011, p. 187).

Situado no segundo nível do sistema de garantias de direitos e disciplinado no artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente como órgão permanente, autônomo e não jurisdicional, o Conselho Tutelar integra a política de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes (BRASIL, 1990). Composto por cinco membros que têm um mandato de quatro anos, o Conselho Tutelar é órgão público, pois é vinculado à administração pública municipal, que aplica medidas administrativas de cumprimento obrigatório.

O Conselho Tutelar é órgão permanente porque uma vez criado não pode ser extinto, prestando serviços de forma ininterrupta 24 horas por dia, sem a necessidade da sede se manter aberta. Também é não jurisdicional porque não integra o poder judiciário, de modo que as medidas tomadas são de caráter administrativo.

Autonomia do Conselho Tutelar, em geral, é vista como sinônimo tão-somente de autonomia funcional, ou seja, em matéria de sua competência, quando delibera ou quando toma decisões, quando age ou quando aplica medidas, não está sujeito a qualquer interferência externa, a qualquer tipo de controle político ou hierárquico. As decisões de natureza administrativa são irrecorríveis, somente podendo ser questionadas e revistas em ação. (KONZEN, 2007).

Além do atendimento técnico e especializado nas situações de ameaça ou violação de direitos de crianças e adolescentes, os Conselhos Tutelares têm a finalidade de zelar pelos direitos de crianças e adolescentes, tomando decisões por meio de seu órgão colegiado, que pela natureza jurídica administrativa vinculante obriga tanto a administração pública quanto os particulares à adoção das medidas impostas (CUSTÓDIO, 2019).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) prevê os requisitos básicos para a candidatura dos conselheiros tutelares, destacando a reconhecida idoneidade moral, exigida atualmente pela certidão de antecedentes criminais, idade superior a 21 anos e a obrigatoriedade do candidato residir no município onde está concorrendo. Já a exigência de apenas uma recondução ao cargo foi eliminada pela lei nº. 12.696, de 25 de julho de 2012.

As atribuições do Conselho Tutelar se encontram disciplinadas no artigo 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente e consistem no atendimento de crianças e adolescentes sempre que estes tiverem seus direitos ameaçados ou violados, aplicando as medidas de proteção previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente; no atendimento e aconselhamento dos pais ou responsáveis; na promoção da execução de suas próprias decisões; no encaminhamento ao Ministério Público de notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos das crianças e adolescentes; e no encaminhamento à autoridade judiciária os casos que saiam de sua competência.

Além disso, compete ao Conselho Tutelar tomar providências para que sejam cumpridas as medidas de proteção aplicadas pela justiça ao adolescente autor de ato infracional; expedir notificações; requisitar certidões de nascimento e de óbito de crianças e adolescentes quando necessário; assessorar o poder executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos de crianças e adolescentes; representar em nome da pessoa e da família contra violação dos direitos previstos no artigo 220, § 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988; representar o Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar; e fiscalizar as entidades de atendimento.

Desde que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu o limite de, no mínimo um Conselho Tutelar em cada município, verifica-se a dificuldade em efetivar essa diretriz, indispensável para a concretização do sistema de garantias de direitos. O processo de implantação dos Conselhos foi extremamente lento no Brasil e, em alguns Estados, foi necessário que o Ministério Público estabelecesse essa obrigação por meio de Termos de Ajuste de Conduta firmados com os municípios. Este aspecto permite identificar uma situação de fragilidade no processo de implantação dos Conselhos Tutelares no Brasil. (CUSTÓDIO; SOUZA, 2011, p. 189).

Dessa maneira, apesar das atribuições do Conselho Tutelar serem comumente confundidas com as atribuições dos órgãos da política de atendimento e da política de justiça, o campo de atuação daquela se encontra definido pelo artigo

136 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O Conselho Tutelar deve agir sempre que ameaçados ou violados os direitos de crianças e adolescentes, incidindo apenas em últimos casos a atuação da política de justiça, representada pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública.

3 Considerações finais

Como principais resultados, constata-se que o Conselho Tutelar é um órgão estratégico sob a perspectiva do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente, atuando sempre que houver ameaça ou violação dos direitos desses. Dito isso, vislumbrou-se a necessidade de constante integração e articulação dos Conselhos Tutelares com os demais órgãos do sistema de garantias de direitos, especialmente com os Conselhos de Direitos e com as redes de atendimento de saúde, educação e assistência social para o fortalecimento das políticas públicas para crianças e adolescentes.

Por fim, a hipótese confirma-se, indicando que, apesar do Conselho Tutelar ser um órgão muito conhecido pela população, que atua na proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, há algumas distorções em torno da sua atuação, as quais decorrem da confusão em torno das atribuições dos demais órgãos do sistema de garantias de direitos.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 12.696, de 25 de julho de 2012. Altera os arts. 132, 134, 135 e 139 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre os Conselhos Tutelares. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 2, 26 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990.

CUSTÓDIO, André Viana. Os Novos Direitos da Criança e do Adolescente. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, Unoesc, v. 7, jan.-jun. 2006.

CUSTÓDIO, André Viana; SOUZA, Ismael Francisco de. Conselho Tutelar e acesso à justiça: instrumentos de garantias de crianças e adolescentes. In: CUSTÓDIO, André Viana; VIEIRA, Reginaldo de Souza (org.). **Estado, Política e Direito: Políticas Públicas e Direitos Sociais**. Criciúma: UNESC, 2011

CUSTÓDIO, André Viana. A Proteção Integral ao Desenvolvimento de Crianças e Adolescentes: direitos humanos e políticas públicas. In: HAUSCHILDT, George Zago Tonini; MIOLA, Alexsandro; SILVA, Jolair da Costa (org.). **70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Educação Humanizadora**. Santa Maria: Biblos, 2019.

KONZEN, Afonso Armando. **Conselho Tutelar, Escola e Família: parcerias em defesa do direito a educação**. 2007. Disponível em: http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/ct_familia_escola.pdf. Acesso em: 02 nov. 2019.

SOUZA, Ismael Francisco de. **O Reordenamento do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): estratégias para a concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil**. 2016. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

O reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal: a decisão do STF frente à tridimensionalidade do direito em Miguel Reale

Recognition as a stable union family entity between people of the same sex to implement family public valuing family policies: the STF's decision on the tridimensionality of law in Miguel Reale

Caroline Rabello Cabreira de Souza¹

Michel Alisson da Silva²

Resumo

A partir da revisão teórica do conceito de Tridimensionalidade do Direito formulado por Miguel Reale, o presente trabalho, o qual está integrado nas atividades do Grupo de Pesquisa em Republicanismo e Instituições Políticas – Res Publicæ – do curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), expõe a ligação entre o caso concreto e a teoria. Diante da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5971, busca-se localizar pontos convergentes entre esse procedimento e a concepção realeana do Direito, elaborada em 1968.

1 Acadêmica da 2ª fase do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Email: carolcabreira@unesc.net

2 Graduado em Direito. Mestre em Educação e Doutorando em Desenvolvimento Socioeconômico, Professor do Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Email: michel@unesc.net

Palavras-chave: Reale, Tridimensionalidade, Direito, Fato, Valor, Norma

Abstract

Based on the theoretical review of the concept of tridimensionality of the Right formulated by Miguel Reale, the present work, which is integrated in the activities of the Research Group on Republicanism and Political Institutions – *Res Publicæ* – of the Law course at Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), exposes the connection between the concrete case and the theory. In view of the analysis of the Direct Action of Unconstitutionality 5971, we seek to locate points that converge between this procedure and the Realean conception of Law, elaborated in 1968.

Keywords: Reale, Tridimensionality, Law, Fact, Value, Rule

1. Introdução

A presente pesquisa propõe a revisão teórica do conceito de direito a partir de Miguel Reale e sua Teoria Tridimensional do Direito, sendo a problemática a verificação da atualidade do conceito de direito do autor supracitado, a qual se dá por meio da análise de decisões judiciais recentes dos tribunais brasileiros. Como hipótese, entende-se ser possível compreender o fenômeno do direito por meio da relação dinâmica entre fato, valor e norma, proposta por Miguel Reale, por meio do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionado à Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Lei 6.160/2018.

2. Objetivo

Quanto ao objetivo, este é voltado para a revisão dos conceitos teóricos da tridimensionalidade do direito por meio da compreensão de sua aplicação em situações concretas que explicitem tal contexto.

3. Metodologia

Em função da metodologia, a presente pesquisa caracteriza-se como qualitativa exploratória, desenvolvida a partir de referenciais bibliográficos, como livros e artigos, os quais possuem enfoque na análise do pensamento construído por Miguel Reale, além das decisões judiciais sobre a temática abordada.

4. Referencial teórico

Ao alegar em sua obra que “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, 1968, p. 97), Reale traz à vida uma concepção original sobre a experiência jurídica, que contradiz paradigmas estabelecidos por grandes pensadores como Karl Marx, Friedrich Engels e Hans Kelsen, os quais limitavam o direito a uma única dimensão, podendo ela ser a do fato, do valor ou da norma. Conquanto, o jurista brasileiro percebe que o Direito não é a manifestação exclusiva de um dos elementos, mas, sim, a ação dos três de forma conjunta e inseparável, pois a norma jurídica é apenas a indicação de um caminho, que parte do fato e culmina no valor.

Assim, Alvaro de Azevedo Gonzaga e Nathaly Campitelli Roque afirmam:

[...] onde quer que se encontre a experiência jurídica, haverá um fato como condição da conduta, que liga sujeitos entre si; haverá o valor como intuição primordial, que avaliará o fato; haverá a norma, que é a medida de concreção do valioso no plano da conduta social. (GONZAGA e ROQUE, 2017)

Dessa forma, partindo da interação entre os três elementos primordiais da experiência jurídica, tem-se aquilo que Miguel Reale denomina de semântica jurídica, a qual trabalha com a interação dos três elementos. A partir da conexão entre um fato e um valor, surge uma norma, e esse processo se repete sucessivamente, uma vez que o direito como fenômeno histórico-social sofre constantes mudanças, pois deve estar consoante às mutações que ocorrem no complexo das relações sociais, impedindo que se torne inflexível ou apático à realidade.

Relaciona-se com o estudo de Reale, portanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) – ADI 5971, na qual a parte requerente questionou a Lei Distrital 6.160/2018, que estabelece a Política Pública de Valorização da Família no Distrito Federal. Em seu artigo 2º, a lei entende como entidade familiar “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável”, deixando assim de fora famílias constituídas por casais homoafetivos. Em setembro de 2019, foi aprovado por unanimidade, para fins de aplicação de políticas públicas no Distrito Federal, que o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo não pode ser excluído do conceito de entidade familiar. A ADI 5971 resguarda os princípios da dignidade humana e da isonomia.

Ainda, ante a relevância da matéria, outras decisões já foram tomadas a fim de excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo em 2011, com base no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, o qual admite como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988).

Todavia, o ponto chave da questão é: todos os processos citados acima caminham pela Teoria Tridimensional do Direito estabelecida por Miguel Reale, portanto, para realizar uma análise mais cautelosa do conteúdo da Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Partido dos Trabalhadores, faz-se necessária a divisão da temática em três segmentos: o eixo dos fatos, o eixo dos valores e o eixo das normas.

A partir do eixo dos fatos, percebe-se que, por muito tempo, a homossexualidade foi rotulada como uma anomalia, um desvio ou, ainda, uma doença que poderia ser curada; entretanto, graças ao progresso da ciência, esse conceito é extremamente

ultrapassado. A homossexualidade não é uma patologia, fato que fica claro após a exclusão do Código 302.0 da lista internacional de doenças mentais da Organização Mundial de Saúde, em 1990, o qual definia homossexualidade como desvio e transtorno sexual.

Já a partir do campo dos valores, são perceptíveis as nuances valorativas em cada sociedade, podendo em uma delas a homossexualidade ser considerada crime, enquanto, em outra, essa característica pode não interferir em sua igualdade perante os demais. No Brasil, a situação mostra-se delicada, pois, apesar de não constituir crime, a homossexualidade é alvo de um preconceito enraizado na estrutura sociocultural brasileira, que é constantemente alimentado pela onda conservadora em alta no momento. Jair Bolsonaro, Presidente da República, recorrentemente colabora para esse movimento contrário às relações homoafetivas ao pregar a defesa da “família tradicional brasileira” enquanto, ao mesmo tempo, realiza falas intolerantes em grandes eventos. Em seu encontro com o atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, o Chefe de Estado e Chefe de Governo brasileiro afirmou: “A definição de família para mim é uma só, aquela da Bíblia. Se você quer se envolver em uma relação homossexual, vá em frente. Mas, não podemos permitir que o governo leve isso para a sala de aula e ensinar às crianças de cinco anos”. O encontro transmitido pela Fox News foi evidentemente intolerante com a parcela homossexual da população mundial, mas, principalmente, com a população homossexual brasileira, que é diretamente atingida por falas agressivas sustentadas por argumentos religiosos e conservadores como os utilizados na fala do presidente.

Contudo, apesar dos entraves, os Direitos Humanos ainda sustentam uma série de valores capazes de apoiar a comunidade homossexual, entre os quais encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que se liga intimamente a questões relativas à orientação sexual.

Dessarte, alega Rios:

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode

simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. (RIOS, 2001)

Ou seja, a sexualidade, assumindo posição de direito da personalidade, é inviolável e, para garantia da dignidade do indivíduo, ela deve ser respeitada.

Por fim, o eixo normativo insere na pauta o próprio ordenamento jurídico e os caminhos que o Direito traça por meio dele.

Em documentos de caráter intencional, as relações interpessoais também são abordadas como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XVI, no qual fica estabelecido que “os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução” (Assembleia Geral da ONU, 1948). A partir dele, presume-se que todos os homens e mulheres têm direito a contrair matrimônio e constituir uma família, sem restrições.

O atual Código Civil brasileiro trata do tema “união estável” a partir do artigo 1.723, cuja redação foi motivo da ADI 4277 e da ADPF 132, anteriormente citadas no presente trabalho, que tiveram seu julgamento encerrado com o entendimento dos ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como das ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Sendo as normas, o principal objeto de manuseio dos juristas, essas precisam estar em conformidade com os aspectos da sociedade que as abrigam, para isso, devem considerar, indispensavelmente, as carências dos grupos marginalizados, entre os quais está a comunidade homossexual. Assim, Maria Berenice Dias aponta que “a garantia da cidadania passa pela garantia da

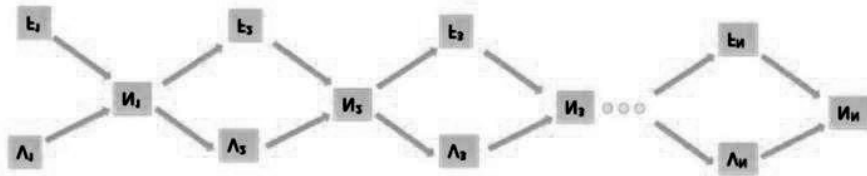
expressão da sexualidade, e a liberdade de orientação sexual insere-se como uma afirmação dos direitos humanos” (DIAS, 2003).

Dessarte, as relações homoafetivas e as decisões tomadas nos tribunais em sua função se refletem nos três segmentos constituintes da Teoria Tridimensional do Direito. A sociedade brasileira, por meio de seu Congresso Nacional, aprovou o Código Civil de 2002 com uma conceituação limitada a respeito do que vem a se chamar família, apesar de, no campo dos valores, já termos disseminado socialmente o preceito do respeito aos homoafetivos naquele momento. A norma emanada carrega um campo valorativo que gera um novo fato social, o questionamento a respeito do reconhecimento patrimonial sobre as relações homoafetivas. Essa motivação na esfera fática social resulta em uma nova consequência no campo normativo em 2011, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a União Homoafetiva, o que representa, nesse intervalo de 9 anos, uma mudança ainda mais significativa no campo do valor, com uma aceitação ainda maior por parte da sociedade com relação ao tema. Como novo fato, temos os atos decorrentes do campo conservador da sociedade, ainda não integrado àquele preceito valorativo que determina políticas públicas (norma), que rejeitam o reconhecimento da União Homoafetiva, o que, por sua vez, desencadeia o processo de questionamento popular (fato) a respeito da transgressão da dignidade da pessoa humana (valor). Esse questionamento, devidamente ajuizado, gera, então, uma nova decisão judicial em 2019, a ADI 5971 (norma), que visa resguardar tal direito.

Assim, fica evidente a conexão que a decisão do STF possui com os elementos fato, valor e norma, pois, como todo procedimento jurídico, a ADI 5971 não se mantém distante da fórmula realeana, ou seja, sua origem provém da integração de um fato com um valor. O fato, nesse caso, é a inegável existência da pluralidade familiar na sociedade brasileira, já o valor é aquele estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, onde se estabelece a finalidade do Estado Democrático, que é “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista

e sem preconceitos" (BRASIL, 1988). Partindo desse elemento valorativo, a tentativa de enquadrar a pluralidade familiar em uma única possibilidade de formação contraria não apenas o Direito Constitucional, mas a diversidade da raça humana.

Logo, por meio do gráfico elaborado por Reale, é possível visualizar o diálogo entre o elemento fato e o elemento valor na questão relacionada à Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à Lei 6.160/2018:



Fonte: REALE, Miguel, 1968, p.126.

Tido "F" como o elemento fato e "V" como o elemento valor, o autor retrata a dialética de complementaridade que envolve os dois fatores supracitados, os quais culminam em uma determinada norma, no caso, a procedência da ADI 5971, a qual tende a trazer benefícios para a comunidade homossexual e para aqueles que almejam o reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal. Esse ato carrega grande importância, uma vez que qualquer fala discriminatória ou que dê possibilidade para o nascimento de interpretações intolerantes merece repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça e com a democracia.

5. Considerações finais

Como consequência da análise proposta pela pesquisa, conclui-se que procedimentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5971 e semelhantes provocam impactos diretos nas relações de toda uma comunidade, no caso em tela, a dos indivíduos homoafetivos. Sob a ótica da Tridimensionalidade do Direito, a influência normativa, fática e valorativa fica exposta, e por meio do estudo dela encontra-se pontos de grande relevância para o diagnóstico das fraquezas inseridas na sociedade brasileira por meio do preconceito, que por séculos foi concretizado. Com essa

observação, que provém do auxílio da concepção realeana de direito, percebe-se a necessidade da implantação de novas práticas, estudos e atitudes, para que futuras gerações se deparem com um Brasil mais igualitário, para todos, sem distinção, o qual possibilite com segurança a constituição de uma família, independente da orientação sexual das partes.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/> Acesso em: 30 set. 2019.

DIAS, Maira Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça?**: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. **Teoria Tridimensional do Direito**. 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>. Acesso em: 30 set. 2019.

KER, João. **Bolsonaro leva discurso homofóbico aos EUA: "Só existe uma definição de família"**. 2019. Disponível em: <https://revistahibrida.com.br/2019/03/20/bolsonaro-leva-discurso-homofobico-aos-eua-so-existe-uma-definicao-de-familia/>. Acesso em: 27 out. 2019.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**: Introdução à epistemologia jurídica. [s.l]: Saraiva, 1968.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.

Os efeitos da sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade, à luz da garantia constitucional do direito à herança e da isonomia¹

The effects of succession of ascendants in the event of multiparenting, in light of the constitutional guarantee of the right to inheritance and equality

Evelyn Silva de Sousa²

Priscila Zilles de Almeida³

Palavras-chave: Multiparentalidade. Direito sucessório. Ascendentes. Igualdade. Isonomia.

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, houve uma transformação legal no conceito de família, com a finalidade de acompanhar as novas demandas domésticas, uma vez que, além de se constituírem por origem

1 Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Jurisdição: Limites e Possibilidades no Âmbito dos Direitos Transindividuais do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Advogada. Pós-graduada em direito civil com ênfase em família e sucessões pelo Instituto Contemporâneo de Direito (IDC). Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Jurisdição: Limites e Possibilidades no Âmbito dos Direitos Transindividuais do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Endereço eletrônico: evelynsousaadvg@gmail.com.

3 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado ao Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Jurisdição: Limites e Possibilidades no Âmbito dos Direitos Transindividuais do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Endereço eletrônico: priscilazilles@gmail.com.

biológica, passaram de igual modo a se atrelarem a outros diversos modos originários, inclusive ao caráter afetivo, resultando nas relações calcadas na socioafetividade.

Os vínculos parentais socioafetivos deixaram o plano meramente factual para assumir um significado jurídico, porém, seus resultados não foram especificados pela legislação, motivo pelo qual ainda há certo debate acerca das consequências jurídicas advindas da constituição do parentesco afetivo.

Ainda há desdobramentos da multiparentalidade não enfrentados pela legislação brasileira, principalmente no campo sucessório, motivo pelo qual se faz necessário analisar o fenômeno da sucessão dos ascendentes nos casos em que se resta reconhecida a pluriparentalidade, identificando de que forma ocorre a divisão dos bens entre os herdeiros habilitados, com a finalidade de constatar se há isonomia no critério de partilha.

Para atingir o resultado pretendido, mostra-se essencial evidenciar a evolução das relações familiares e discorrer sobre o princípio da afetividade, que norteia a parentalidade socioafetiva, assim como revelar os requisitos necessários para a constituição do vínculo da socioafetividade, abordando os grupos familiares nos quais a parentalidade se estabelece, para, após, verificar as consequências jurídicas advindas da multiparentalidade, de maneira específica, decorrentes da sucessão dos ascendentes.

Assim, em razão da evolução jurídica exposta, a socioafetividade ganhou espaço no Direito brasileiro e passou a abrigar as relações familiares envoltas na afetividade social, demonstrando singularidade na maioria de seus casos, motivo pelo qual, inclusive, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral sobre o tema da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade consanguínea, fixando tese a favor da parentalidade múltipla.

Destarte, restando estabelecer respostas para a questão da maneira em que ocorre a sucessão dos ascendentes nos casos de pluriparentalidade, que ainda não foram efetivamente confrontadas de maneira efetiva, mostra-se pertinente a realização de uma análise aprofundada do direito sucessório brasileiro.

Referencial teórico

Contrária do que era antigamente, conceituada como uma entidade rígida e paternalista, principalmente, à mercê das regras da sociedade da época, atualmente, a família sequer pode ser definida de imediato, pois cada núcleo tem a sua configuração e o seu próprio modo de funcionamento.

As mudanças sociais, culturais e tecnológicas advindas ao longo do tempo impuseram uma transformação drástica na forma de como a família é formada, tornando-se desnecessária para a sua constituição as configurações tradicionais, antes impostas.

A família contemporânea não deixou de ser a base das relações sociais, mas desprende-se das amarras que a tornavam rígidas; fato que, segundo Dias (2015, p. 14) ocorreu “[...] na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”. Assim, ao agregar os valores descritos à relação familiar, novas composições se tornaram possíveis, gerando núcleos cada vez mais diversos e visíveis.

Ao se desatar do modelo tradicionalista para abrigar as mais diferentes modalidades familiares, as relações domésticas passaram a ser construídas, em grande parte, pelo princípio da afetividade. Denota-se que as ligações entre as pessoas de uma família agora passam a ser edificadas com o fito de mútua contribuição para a realização pessoal e o desenvolvimento de cada um de seus membros. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 9)

A partir das considerações acima, emerge o conceito da socioafetividade, que nada mais é do que a relação parental além dos elos sanguíneos, fruto de uma demanda social contemporânea, com a finalidade de dar nome e incorporar as relações que não contam com a presença obrigatória da filiação biológica.

Pereira, R. (2014, p. 503) aduz que a parentalidade socioafetiva “[...] caracteriza-se pelo exercício das funções de pai, mãe, irmãos ou avós, regido por fortes vínculos de afetividade, cuja relação pode gerar o vínculo jurídico de parentesco [...]”.

A família eudemonista, construída pelo elo da afetividade (GONÇALVES, 2015, p. 35), encontra respaldo no Código Civil de 2002, principalmente no artigo 1.593, que teve por objetivo

ceder espaço para as novas formas de famílias, sendo o elemento chave para o desfazimento do conceito de que as relações de parentesco são exclusivamente geradas pela família matrimonial.

Para a constituição do parentesco socioafetivo, se apresenta oportuno, por óbvio, existir uma relação afetiva, reciprocidade de afeição entre os familiares, além de uma duradoura, sólida e pública convivência familiar. (CASSETTARI, 2015, p. 31)

Já no que tange à filiação socioafetiva, de maneira específica, para o reconhecimento do vínculo faz-se necessária a presença dos atributos da posse do estado de filho, caracterizado através de três requisitos: nomen, tractatus e fama (FACHIN, 1996, p. 69), que estão presentes quando o indivíduo é tratado pelos genitores como filho; utiliza-se do nome daqueles que considera como pai ou mãe; e, é reconhecido publicamente pela sociedade como integrante da relação familiar. (PEREIRA, C., 1996, p. 120)

Ademais, a relação socioafetiva pode ser evidenciada na adoção de fato, na adoção à brasileira, na relação de padrasto ou madrasta, na técnica de reprodução assistida heteróloga, bem como na relação de consanguinidade, que não deve afastar o elemento afeto apenas em razão de já existir uma relação natural entre os integrantes familiares.

Deste modo, a parentalidade socioafetiva equipara-se em muitos aspectos à relação biológica, sendo reconhecida pelo direito civil brasileiro como um modo de parentesco civil^{4,5}, razão pela qual produz efeitos jurídicos característicos e inerentes à relação familiar. (MADALENO, 2013, p. 497)

Destarte, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva oportuniza a ocorrência da multiparentalidade, surgida quando da existência de mais de um vínculo paterno-filial e/ou materno-filial, podendo, como exemplo, existir um vínculo baseado na consanguinidade e outro na socioafetividade.

Aliás, tratando sobre a importância da multiparentalidade, Cassettari (2015, p. 215) refere que “[...] não podemos esque-

4 Nesse sentido, enunciado n. 108, da I Jornada de Direito Civil: “Art. 1.603: no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

5 Nesse sentido, enunciado n. 256, da III Jornada de Direito Civil: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

cer que é plenamente possível a existência de uma parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos, e não é por isso que uma irá prevalecer sobre a outra; pelo contrário, elas devem coexistir em razão de serem distintas”.

No entanto, a partir da possibilidade de existir mais de uma relação paterna e/ou materna, quando da formação da multiparentalidade, bem como de que os efeitos jurídicos da relação biológica se estendem aos não consanguíneos, questiona-se: seria possível a procedência de ações ajuizadas contra ambos os genitores ou filhos (socioafetivo, por exemplo, e biológico)?

O Supremo Tribunal Federal respondeu ao questionamento, fixando a tese jurídica de que “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”.

A fixação da tese acompanhou a evolução do conceito de família ocorrido nos últimos anos, assim como demonstrou que os magistrados estão se adequando às novas modalidades familiares, com a finalidade de não praticar nenhuma forma de discriminação ou exclusão das partes envolvidas na relação de parentesco. (SCHREIBER, 2016)

A evolução da matéria⁶ torna-se claramente visível ao analisar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, leading case que deu ensejo à fixação da tese supracitada, ocasião em que, pelo voto da maioria dos ministros da Corte Suprema brasileira, restou estabelecido o reconhecimento da possibilidade de dupla paternidade.

Em consonância com a decisão do Supremo Tribunal Federal, Welter (2009, p. 222) já defendia a tese de que não deve haver sobreposição entre as parentalidades socioafetiva e biológica, com a convicção de que ambas devem conviver em harmonia e reproduzir todos os efeitos jurídicos advindos do reconhecimento do vínculo familiar.

⁶Cumprе mencionar que em julgamento realizado há dez anos, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que não seria cabível o reconhecimento de duas paternidades concomitantes, negando o pedido do apelante (Apelação cível nº 70027112192, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Claudir Fidelis Faccenda. Porto Alegre, 02 de abril de 2009).

No Brasil, existe divergência doutrinária acerca do caráter jurídico do afeto no direito, sendo considerado por alguns estudiosos como princípio e por outros apenas como um postulado. A verdade é que o ato decisório proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal reafirmou o valor jurídico da afetividade, evidenciando que o afeto concede norte às relações familiares e parentais. (BARROS, 2018, p. 110)

Por fim, mesmo com as divergências apresentadas, pode-se concluir que as transformações ocasionadas no ramo do Direito de Família pela promulgação da Constituição Federal de 1988 não deixam margem para a possibilidade de haver prevalência de uma modalidade de parentesco sobre a outra, inclusive por a preferência ser contrária aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, motivo pelo qual a concessão de igual valor jurídico para ambas as parentalidades, viabilizando o reconhecimento da multiparentalidade, mostra-se a melhor alternativa para a construção do conceito familiar contemporâneo.

Entretanto, a partir do reconhecimento da multiparentalidade, conforme exposto acima, permanece pendente a forma de como se dará a sucessão dos ascendentes em situações de multiparentalidade, avaliando a situação a partir do falecimento do filho comum de todos os pais e mães. Portanto, demonstrada a necessidade da análise acerca da temática.

Sabe-se que a sucessão dos ascendentes ocorrerá, à luz do disposto no artigo 1836 do Código Civil, tão somente na falta dos descendentes. (LEAL, 2010, p. 38)

O referido artigo da codificação civil brasileira, que regula a sucessão dos ascendentes, no caput, destaca a sucessão em concorrência com o cônjuge sobrevivente, bem como que, no parágrafo primeiro, aborda que o grau mais próximo dos ascendentes exclui o mais remoto, sem distinção de linhas.

Ou seja, havendo ascendentes de grau mais próximo, os de grau mais remoto serão excluídos da sucessão, sendo de suma importância destacar que não existe direito de representação na classe ascendente. (TARTUCE, 2017, p. 1593)

O direito sucessório na linha ascendente possui algumas peculiaridades à luz da legislação infraconstitucional e, portanto, pertinente destacar que o dispositivo sob análise será o disposto especificamente no parágrafo segundo do artigo 1836 do Código Civil.

O supracitado artigo, no seu parágrafo segundo, destaca que, havendo igualdade em grau e diversidade em linha, a herança será dividida na metade para cada uma das linhas. Desta forma, entende-se que a metade da herança é destinada para a linha materna e a outra metade para a linha paterna.

No entanto, possui lacunas a legislação brasileira, não tendo havido regulamentação posterior ao reconhecimento de vínculos múltiplos de parentalidade.

Assim, com o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, houve o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal dos múltiplos vínculos familiares, a multiparentalidade. Entretanto, tal reconhecimento não trouxe uma elucidação de como ficariam os demais direitos consequentes a este reconhecimento. Quando do julgamento, o Supremo Tribunal Federal não regulamentou como ocorreria a herança dos ascendentes nos casos de multiparentalidade. (SCREIBER, 2016)

Farias e Rosenvald (2019) destacam que:

[...] a depender das circunstâncias do caso concreto, tenha dois, ou mais, pais ou duas, ou mais, mães, concomitantemente, são reconhecidos efeitos sucessórios (pluri-hereditariedade) em relação a todos eles, até mesmo por conta da expressão “com os efeitos jurídicos próprios. (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p. 317)

Entretanto, atualmente, o único dispositivo legal que regulamenta a questão sucessória dos ascendentes é o artigo 1836 do Código Civil. E, se aplicarmos o §2º do dispositivo legal para regular a herança dos ascendentes nas situações de multiparentalidade, não há garantias de ser assegurada uma divisão igualitária, como será destacado.

Isso porque, na sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade, teremos “pluralidade de linhas”, ou seja, mais de

um pai ou mais de uma mãe. Ou ainda, pluralidade de ascendentes em segundo grau, decorrentes do vínculo pluriparental.

Cabe salientar que os problemas surgem na sucessão dos ascendentes quando há multiparentalidade de vínculos, nas situações em que o filho vem a falecer antes dos pais, sem deixar descendentes, de forma que a resposta legal, trazida pelo parágrafo segundo do artigo 1836 do Código Civil nem sempre parece a mais apropriada. (TARTUCE, 2017, p. 1593/1594)

Parte da doutrina adota a postura legalista, de que caberia a metade da herança para cada uma das linhas, independentemente da quantidade de pais e mães em cada, ou seja, obrigatoriamente, haveria a divisão em 50% para a linha materna e 50% para a linha paterna. Isso porque, entendem esses doutrinadores que, havendo igualdade em grau e diversidade de linha, ou seja, linha materna e linha paterna, é devida a aplicação do §2 do artigo 1836 do Código Civil. Seria, de certo modo, uma divisão em grupos, ou seja, grupo dos pais e grupo das mães.

Ocorre que, diversamente do posicionamento acima, apresenta-se mais adequado, em situações em que temos a multiparentalidade e, conseqüentemente, pluralidade de linhas (maternas ou paternas), a fim de resguardo do princípio isonômico e, para uma divisão mais justa e proporcional, ser a herança repartida de forma igualitária, de acordo com o número de linhas parentais existentes. (ROSA; RODRIGUES, 2019, p. 108)

Assim, nos casos de pluriparentalidade, se faz necessário um novo cálculo, partilhando os bens de acordo com o número de linhas existentes, quantos forem os ascendentes, diferentemente do que estabelece o disposto pelo §2º do artigo 1836, que autoriza a divisão em apenas duas linhas. (FARIAS, ROSENVALD, 2019, p. 317/318)

Ademais, entende-se que a divisão igualitária seria a melhor opção nos casos de multiparentalidade, devendo ser flexibilizada a legislação, visto que a disposição que regulamenta a sucessão é anterior ao reconhecimento dos casos de multiparentalidade. (CASSETTARI, 2017, p. 155/169)

Resta evidente que, com a evolução das relações familiares, não há mais motivos para manter a rigidez das normas disciplina-

doras do direito sucessório. Se faz necessária uma flexibilização e interpretação à luz do caso concreto, sendo função dos intérpretes da legislação resguardar não apenas o direito à herança, mas, quando da aplicação da lei, assegurar uma aplicação proporcional e razoável, a fim de assegurar o princípio isonômico. (TARTUCE, 2017, p. 1594)

Como já destacado, a aplicação literal do artigo 1836, §2 do Código Civil implica em afronta ao direito à isonomia dos ascendentes nas hipóteses em que presente a multiplicidade de vínculos parentais.

Ocorre que, conforme expressamente exposto no artigo 5, caput, da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, razão pela qual deve ser assegurado um tratamento igualitário também quando da partilha dos ascendentes nas situações de pluriparentalidade.

Nos casos de multiparentalidade em que temos igualdade em grau, diversidade de linhas (materna/paterna) e pluralidade de linhas, ou seja, mais de um ascendente na linha paterna ou materna, resta evidente que a partilha apenas considerando a existência de 02 (duas) linhas implicará em desigualdade.

A divisão conforme determina o artigo 1836, §2 do Código Civil, nos casos de multiplicidade da linha paterna ou materna, é clara afronta ao exposto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, bem como, ao disposto no artigo 2017 do Código Civil, norma infraconstitucional.

O próprio Código Civil, ao disciplinar a partilha, destaca que deve ser resguardada a maior igualdade possível, sendo um princípio imperativo das questões sucessórias – princípio da igualdade.

Corroborando com a tese de que a partilha deve ser realizada de maneira isonômica, aprovado enunciado durante a VIII Jornada de Direito Civil⁷, o qual, dispondo de forma diversa do artigo 1836, §2º do Código Civil, visa assegurar o princípio da

7 Nesse sentido, enunciado n. 642, VIII Jornada de Direito Civil, do CJF do STJ: Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

igualdade, visto que é expreso e claro ao mencionar que, havendo igualdade em grau e diversidade e pluralidade em linhas, deverá a herança ser dividida de acordo com o número de linhas existentes.

O entendimento jurisprudencial a respeito dos efeitos sucessórios dos ascendentes em casos de multiparentalidade apresenta-se escasso, não tendo sido localizada jurisprudência específica nos tribunais em que fora realizada a busca (TJRS, TJSC, TJPR, TJRJ e TJSP).

Assim, após análise dos resultados, verifica-se que não há entendimento jurisprudencial firmado que, além do reconhecimento dos direitos, confira uma interpretação voltada aos casos não regulamentados pela legislação.

Conclusão

O trabalho realizado teve como objetivo contribuir com o debate existente acerca da sucessão dos ascendentes nos casos de multiparentalidade, através do que restou demonstrada a necessidade de estabelecer uma interpretação sistemática e não uma interpretação restrita do artigo 1836, §2 do Código civil.

O desenvolvimento das relações familiares e dos múltiplos vínculos de parentesco desdobra em uma análise dos direitos sucessórios dos ascendentes frente à situação de multiparentalidade. Aliás, o avanço das relações e as mudanças de paradigmas, implicaram em uma evolução jurisprudencial quanto ao reconhecimento de múltiplos vínculos de parentesco, entretanto, sem uma regulamentação jurisprudencial a respeito dos direitos sucessórios que este reconhecimento implica.

Ademais, quando diante de um caso de multiparentalidade, por se tratar de um tema com reconhecimento recentemente, ainda não há legislação sucessória específica e apropriada no Código Civil, principalmente, que conceda regulamentação para a matéria sob análise.

A presente pesquisa concentrou-se ao direito sucessório dos ascendentes nas situações de multiparentalidade, tendo como principal destaque na legislação civil brasileira o artigo 1836, §2.

O dispositivo mencionado faz clara determinação de que a divisão da herança entre os ascendentes deve ser feita na metade, sendo metade da herança para a linha paterna e a outra para a linha materna.

Entretanto, o entendimento adotado pela doutrina apresenta-se diverso, defendendo de que a aplicação do referido artigo, em casos de pluralidade de linhas, implica em afronta a direitos constitucionais, em especial, ao princípio isonômico, razoabilidade e proporcionalidade.

Não se mostra razoável aplicar o §2 do artigo 1836 do Código Civil – quanto a sucessão dos ascendentes, nos casos de multiparentalidade, devendo, à luz da Constituição Federal, ser assegurado o princípio isonômico, bem como, atendendo ao disposto no próprio Código Civil, em seu artigo 2017, ser assegurada a maior igualdade possível na partilha.

Portanto, cabe ao interprete e ao aplicador do direito se valerem dos princípios constitucionais: isonomia, proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de suprir a lacuna legal existente, bem como, utilizar-se do entendimento proferido no Enunciado n. 642 da VIII Jornada de Direito Civil do CJF do STJ, o qual esclarece que, havendo pluralidade de linhas, a herança deve ser dividida de acordo com o número de linhas existentes. Isso porque, até o presente momento, não há uma regra legal sucessória própria para os casos de multiparentalidade e a jurisprudência ainda não proferiu entendimento específico a respeito.

Referências

_____. **Direito das famílias**. 2 ed. rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São BARROS, André Borges de Carvalho. *Multiparentalidade e sucessão: aplicabilidade das regras sucessórias do código civil em face do reconhecimento da multiparentalidade*

pele *supremo tribunal federal*. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 110, mar/abr 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 898.060**. Recorrente: Segredo de justiça. Recorrido: Segredo de justiça. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. [livro eletrônico] 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 5 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** v. 6: Direito de família. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEAL, Adriano José. **Inventários e partilhas: doutrina, prática, legislação, jurisprudência**. 3 ed. São Paulo: Mizuno, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos: de acordo com a Constituição de 1988 e legislação subsequente**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 120.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. **Inventário e Partilha**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **STF, repercussão geral 622: a multiparentalidade e seus efeitos.** [S.l.], 27 set. 2016. Disponível em: <http://professorflavioartuce.blogspot.com.br/2016/09/artigo-de-andersonschreiber-sobre-o.html?m=1>. Acesso em: 28 set. 2016. Blog: Professor Flávio Tartuce – Direito Civil.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil** v. único. 7 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional do direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O papel do poder judiciário nas democracias contemporâneas

The role of the judiciary in contemporary democracies

Thiago Carolo Schnarndorf¹
Amanda Büttenbender Medeiros²

1. Introdução

Em razão da expansão do Poder Judiciário no mundo inteiro, no Brasil, sobreveio o fenômeno da judicialização da vida, em que o Supremo Tribunal Federal (STF), que tem o dever de ser a guardião dos direitos fundamentais da sociedade e resguardá-los quando interferidos indevidamente, com o objetivo de preservar a parte substancial da Constituição Federal, foi afetado pelo aumento significativo de demandas.

Assim, no presente trabalho, pretende-se analisar a transição do fortalecimento das Constituições nas Democracias, explicando a origem desse fenômeno na Europa, para viabilizar a compreensão de como ocorreu no contexto brasileiro. Pretende-se explicar a forma como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando frente às demandas da sociedade, bem como objetiva-se demonstrar, qual a teoria, entre a teorias originalista, contratual e moral, que prepondera na Corte Suprema do ordenamento jurídico brasileiro.

1 Advogado. Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul FMP-RS). Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela MP-RS. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUCRS). Endereço eletrônico: thiago_schnarndorf@hotmail.com

2 Advogada. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul FMP-RS). Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela MP-RS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUCRS). Endereço eletrônico: bmedeirosamanda@gmail.com

2. Objetivos

O presente trabalho tem como objetivo apresentar o fenômeno do surgimento do papel do Poder Judiciário nas Democracias Constitucionais. Assim, será inicialmente apresentada a experiência constitucional da Europa, mais precisamente a partir do final da 2ª Guerra Mundial, explicando a passagem do Estado Legislativo para o Estado Democrático de Direito. Em seguida, serão apresentadas as teorias originalistas, contratuais e morais, utilizadas para definir como os juízes iriam exercer seu poder de controle de constitucionalidade. Por fim, será explicado o embate entre o procedimentalismo e o substancialismo no ordenamento jurídico brasileiro, para então apontar qual teoria prepondera e vem sendo aplicada no STF.

3. Metodologia

O método de abordagem adotado é o hipotético-dedutivo. Nesse sentido, a partir da hipótese apresentada inicialmente, a pesquisa terá como premissa validar os argumentos apresentados e o tema objeto do trabalho de forma geral para particular. O método de procedimento adotado é o monográfico e comparativo, de modo a permitir considerar as características peculiares de cada uma das teorias apresentadas, a fim de sustentar qual delas prepondera no STF. As técnicas de pesquisa empregadas para a elaboração da pesquisa constituem-se em revisão bibliográfica e legal, bem como pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

4. Fundamentação

4.1 O constitucionalismo nas democracias contemporâneas

O processo democrático de decisão substituiu quase por completo a autoridade divina do clero e dos reis, uma vez que a fonte dos direitos era a vontade do soberano, havendo o reconhecimento da soberania do povo e a criação de formas democráticas de governo, em que representaram melhoras em relação às monarquias. Assim, os juízes receberam o poder de controlar o modo pelo qual os governos eleitos exerceriam a au-

toridade coercitiva do Estado, de modo que passaria a ser alçada do Poder Judiciário determinar se os políticos e demais autoridades ultrapassaram o seu limite. (BEATTY, 2014, p. 2 e 3)

As constituições tinham uma função macroestrutural e procedimental no sistema jurídico, de modo que estabeleciam o processo de formação das leis. Em relação à criação do Direito, as constituições intervinham timidamente no conteúdo do Direito, através de um catálogo de direitos individuais, os quais não tinham uma função de fonte positiva do Direitos, mas uma função negativa de limite à ação do Estado. (MELLO, 2004, p. 25)

Ocorre que, durante muito tempo, essa ideia de determinar os tribunais como árbitros últimos dos conflitos sociais era uma noção exclusivamente norte-americana. Os Estados Unidos adotam uma Constituição escrita com estrutura federal e uma Declaração de Direitos forte, estabelecendo que o Poder Legislativo e o Poder Executivo não podem ser juízes e litigantes da mesma causa, sob pena de violação do princípio da imparcialidade. (BEATTY, 2014, p. 4)

No lugar do Estado Legislativo de Direito, que se consolidou no século XIX, surge o Estado Constitucional de Direito, com todas as suas implicações, tendo sido identificado como constitucionalismo do pós-guerra, novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo. (BARROSO, 2015, p. 27 e 28)

Verifica-se a importância da vertiginosa ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno é universal e está conectado ao final da Segunda Grande Guerra. A partir desses fatos, o mundo percebeu que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. (BARROSO, 2015, p. 28)

Assim, essa transferência de importância do Poder Legislativo para o Poder Judiciário pode ser entendida da seguinte maneira: inicialmente, a Constituição era compreendida como um documento político, em que as normas podiam ser aplicadas diretamente, não precisando, também, de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, estando na dependência da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, com a ascensão do Estado Constitucional de Direito, a Constituição passa a va-

ler como a norma jurídica central, a qual disciplina como serão produzidas as leis e atos normativos, bem como estabelecer limites para o conteúdo destes, colocando a Constituição no topo normativo. Dessa forma, com a centralidade da Constituição, a primazia de um tribunal constitucional na interpretação final e vinculante das normas constitucionais, definindo os destinos da sociedade, começa a ocorrer a chamada supremacia judicial. (MOTTA; TASSINARI, 2018, p. 488)

Nesse sentido, em razão dessa necessidade do Estado Constitucional, é fundamental encontrar uma teoria apta a definir como os juízes devem exercer seu poder de controle de constitucionalidade, para que explique como distinguir as leis sem que os julgadores sejam influenciados pelos seus próprios pontos de vista e predisposições pessoais em relação a determinada matéria. (BEATTY, 2014, p. 8)

4.1.1 Teoria do Contrato

No início da prática do controle judicial de constitucionalidade dos Estados Unidos, não era cogitada a necessidade por uma teoria completa da decisão judicial Constitucional. Se pressupunha que a Constituição devesse ser interpretada como entendiam os responsáveis por seu estabelecimento. Os originalistas explicam que um juiz perde a sua neutralidade e age ilegalmente quando são acrescentados ou subtraídos direitos daquilo que pertenciam ao acordo original, ou seja, daquilo que estava previsto na Constituição, na vontade originalmente proposta em seu texto. Desse modo, não cabe ao juiz modificar o texto da Constituição e, sim, quem possui legitimidade para modificá-la, de modo que quando um juiz não encontrar no texto da Constituição nada que o limite, o juiz deve-se manter à parte e deixar que a vontade do povo prevaleça. (BEATTY, 2014, p.14)

Ocorre que, na visão de Ronald Dworkin, se os juízes devem tomar decisões substâncias de moralidade política, a intenção dos originalistas em vislumbrar a realização das premissas do texto constitucional não ocorre, tendo em vista a necessidade da utilização de concepções pessoais e valores morais para a tomada de decisão. Agindo assim, a postura originalista não é exercida da maneira correta, uma vez que o conteúdo da intenção origi-

nal é apenas uma questão de história e não de teoria políticas. (DWORKIN, 2000, p. 67 e 68)

Os juízes, ao tomarem decisões constitucionais apolíticas e imporem a intenção dos constituintes, acabava sendo algo difícil de ser cumprido efetivamente, uma vez que os juízes não têm como descobrir essa intenção sem construir ou adotar uma concepção de intenção constitucional, ou seja, sem tomar as decisões da moralidade política que tinham como objetivo ser evitada pela teoria originalista. (DWORKIN, 2000, p. 77)

Nesse sentido, o fato de uma teoria originalista de interpretação não fornecer, em casos semelhantes, respostas satisfatórias demonstra que ela não é neutra como alegam seus defensores, uma vez que não é possível deduzi-la com neutralidade do texto da Constituição, nem tampouco retirar definições neutras do seu texto normativo que possibilitem aos juízes decidirem as causas com imparcialidade e sem ceder a suas preferências e prioridades pessoais. Diante disso, a sua teoria, ao longo dos anos, foi se tornando inadequada como postural de controle judicial de constitucionalidade. (BEATTY, 2014, p. 24 e 25)

43.1.2 Teoria do Processo

A Teoria do Processo, como é chamada por Beatty em sua obra, ou o procedimentalismo, como é definido por outros autores, tem uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, sendo essa corrente capitaneada por autores como Habermas, Garapon e Ely, de modo que explicam, resumidamente, essa postura, vendo a Constituição como uma garantia para que o jogo político ocorra dentro da lei. (MOTTA, 2018, p. 62)

John Hart Ely entende que a noção de que os juízes podem inferir amplos direitos e valor moral a partir da Constituição é radicalmente antidemocrático. Por isso, a Suprema Corte deve interpretar a Constituição de modo a reforçar os processos democráticos e populares, garantindo a ampla representação no processo político. Nesse sentido, os juízes só poderiam inferir direitos de natureza processual e não substantiva; ou seja, os juízes, então, teriam o papel de garantidores do processo democrático, que é realizado pelo Parlamento. (ELY, 2010, p. 176, 178 e 179)

Nesse mesmo sentido, Habermas parte da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito, uma vez que pretende substituir a razão prática, existente na filosofia da consciência, por sua teoria do agir comunicativo, que é dividida em duas partes: os discursos de fundamentação e os discursos de aplicação. Os discursos de fundamentação habermasianos compõem-se basicamente de práticas argumentativas sob as quais os seus participantes discutem a respeito de temas socialmente relevantes com vistas ao entendimento recíproco-pretensão de validade universal. (HABERMAS, 2003, p. 250).

Necessário elucidar que Habermas interveio no debate, uma década mais tarde, de John Hart Ely sobre a relação entre constitucionalismo e democracia, apresentando sua discussão de uma maneira mais aprofundada que Ely, o qual estava voltado a construir uma interpretação da Constituição norte-americana, ao passo que Habermas propõe um enfoque universalista, a partir de uma concepção de constituição ideal. (MELLO, 2004, p. 42)

O Estado Democrático de Direito pressupõe a auto-organização da comunidade jurídica e, sendo assim, a Constituição não pode ser compreendida como uma ordem que regula a relação entre o Estados e os cidadãos. Contudo, ela determina procedimentos políticos em que os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida. Portanto, o controle jurisdicional da Constituição, na postura procedimentalista, procura proteger o procedimento democrático com o objetivo de dar as devidas condições em relação ao sistema de direitos que possibilitam a autonomia privada e pública dos cidadãos, tendo no núcleo da Constituição regulamentos formais, orientados à garantia da liberdade. (MOTTA, 2018, p. 67 e 68)

Assim, Habermas, como os demais processualistas, atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir a legitimidade do direito positivo, livrando os processos democráticos de suas iniquidades e da arbitrariedade, conferindo a possibilidade de que todos desfrutem os direitos e liberdades necessários para que sejam participantes dos discursos racionais, em que se os

juizes realizem seu trabalho, a democracia será um meio ideal de resolução de conflitos; ou seja, para determinar a legitimidade de uma lei deve-se verificar se todos os afetados concordam com a lei como participantes de discussões racionais, denominando de princípio do discurso, que confere uma força legitimadora ao processo legislativo. (BEATTY, 2014, p. 38 e 39)

Portanto, essa teoria constitucional da democracia deliberativa de Habermas tem como objetivo demonstrar que a função da jurisdição constitucional está limitada a assegurar, ou seja, um Poder Judiciário menos interventivo, de modo que a efetividade dos processos deliberativos nos quais se forma a opinião e a vontade dos cidadãos. (MELLO, 2004, p. 43)

4.1.3 Teoria Moral

Ronald Dworkin é o principal defensor do raciocínio moral dentro da aplicação do controle judicial de constitucionalidade. Dworkin sustenta que a neutralidade moral não é o padrão nem o modo que os juizes devem almejar atingir, em que a medida adequada da integridade de uma teoria é seu grau de concordância com o texto da Constituição, tendo como critérios principais a adequação e o valor, bem como compartilha com os teóricos processualistas a convicção de que a aplicação judicial dos direitos constitucionais é compatível com os princípios democráticos e com a soberania do povo para governar-se. (BEATTY, 2014, p. 47, 48 e 49)

A teoria de Dworkin tem como ideia a utilização de princípios. A sua concepção de princípio é substantiva, defendendo que princípio é um padrão que deve ser observado, porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, e possui uma raiz substantiva, já que tem seu conteúdo preenchido por valores morais. Portanto, Dworkin dedica-se a demonstrar um regime constitucional fundado no princípio democrático, em que a proteção judicial dos direitos reforça a vitalidade da democracia e o princípio da igual consideração e respeito por todos os indivíduos é assegurado em um sistema em que os tribunais tenham competência para controlar os atos dos demais poderes, do que em sistemas que concedem soberania absoluta aos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, a

teoria constitucional de Dworkin insere-se na tradição liberal do pensamento político-jurídico que concentra na proteção dos direitos fundamentais a essência dos regimes de governo fundados no princípio do Estado de Direito. (MELLO, 2004, p. 83)

Importante apresentar essa mudança de paradigma dentro da democracia constitucional brasileira, tendo como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual inaugurou um Estado Democrático e Social de Direito, havendo um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para a Justiça Constitucional, preponderando dois fatores: o aumento da demanda por direitos fundamentais e o decréscimo da liberdade de conformação do legislador em favor da justiça constitucional. (MOTTA, 2018, p. 70 e 71)

Assim, o Estado Democrático de Direito é a etapa final da construção de um modelo democrático que respeite os direitos fundamentais do cidadão, ao mesmo tempo em que constrói uma possibilidade de efetiva mudança da sociedade ao efetivar estes direitos. Assim, existe uma grande discussão acerca do papel do Judiciário na busca deste objetivo, de forma que seja superado o paradigma da Filosofia da Consciência, em que o juiz decide conforme sua consciência, embasado na razão e na subjetividade. (STRECK, 2013, p. 100 e 110).

Lênio Streck explica que, no Brasil, devem adotar uma postura substancialista, de modo que defendam uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, em que assume mais visibilidade em face da inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas, demandando a utilização de mecanismos tais como ações mandamentais e controle de constitucionalidade para a realização dos direitos previstos na Constituição. (STRECK, 2009, p. 24)

Nesse sentido, sustenta o modelo substancialista no Brasil, o qual entende que a visão procedimentalista não garante a tarefa de integração e inclusão social do direito contemporâneo:

O modelo substancialista trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, possuindo suas normas um caráter diretivo. É o constitucionalismo-dirigente que ingressa nos ordenamentos dos países após a Segunda Guerra. Consequentemente, é inexo-

rável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional. (STRECK, 2009, p. 31 e 32)

Assim, essas razões explicam que seria necessário entender a Constituição como algo substantivo, uma vez que possui direitos fundamentais e sociais que o texto da Constituição Federal estabeleceu para a sua realização, ou seja, no contexto brasileiro, a implementação de direitos substantivos, estipulados na Constituição Federal com a atuação do Poder Judiciário deve ter precedência em relação ao texto legislativo, ao contrário da tese procedimentalista que pode enfraquecer as tarefas de integração e inclusão social própria do Direito Contemporâneo. (MOTTA, 2018, p. 80 e 81)

Inclusive, as teses moralistas ou substancialistas dão ênfase à uma regra contramajoritária, ou seja, uma posição colocando freios às vontades de maiorias eventuais, em virtude disso, reforçam a relação Constituição-democracia em que a implementação dos direitos fundamentais-sociais afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição naquilo que ela representa de elo que une política e direito. (STRECK, 2009, p. 24 e 25)

Necessário pontuar que, em diversas partes do mundo, desde o final da Segunda Guerra Mundial, tribunais constitucionais tornaram-se protagonistas de discussões políticas ou morais em temas controvertidos, verificando um avanço da justiça constitucional. Em virtude desses fatos, o STF tem ocupado um espaço relevante no cenário político, tendo um papel central na judicialização da vida, devido à ascensão do Poder Judiciário, havendo uma proporção maior no Brasil, pelo fato da Constituição Federal cuidar de uma grande quantidade de temas, bem como ao elevado número de pessoas e entidades que podem propor ações perante o STF. (BARROSO, 2009, p. 16 e 17)

Clarissa Tassinari explica que houve uma grande importância do Poder Judiciário no processo de redemocratização do país, ou seja, com o objetivo de haver uma inclusão social, visando a consolidar um Estado. Nesse sentido, ao agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das Constituições, ensejando um ambiente de maior procura do Judiciário. Essas transformações resultaram em

algumas características, entre as quais: o caráter de litigiosidade e a massificação da sociedade, razões que desaguam na judicialização política. (TASSINARI, 2013, p. 38 e 39)

Nesta linha, o papel contramajoritário vem sendo desenvolvido com cuidado e atenção pela Corte Superior do Brasil, quando não estão em jogo direitos fundamentais e pressupostos da democracia, a Corte Suprema assume um papel deferente, ou seja, para com a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade do administrador. Logo, percebe-se que, quando se tratar de direitos fundamentais, o STF adota um papel de maior intervenção, a fim de resguardar os direitos previstos na Constituição Federal, havendo, portanto, uma predominância da teoria substancialista no STF. (BARROSO, 2015, p. 37)

Em razão do exposto, é possível verificar que o STF adota a teoria moral, ou seja, possui uma postura substancialista em relação à Constituição Federal, razão pela qual é relativamente baixo o número de dispositivos de leis federais declarados inconstitucionais, desde a promulgação da Constituição Federal, tendo uma postura de autocontenção e de preservação da decisão tomada pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República. (BARROSO, 2015, p. 37 e 38)

Desse modo, o ponto fundamental que parece tornar o debate entre procedimentalistas e substancialistas tão importante é a postura do Supremo Tribunal Federal em relação ao alcance de suas atribuições. Portanto, em virtude da corte suprema brasileira proteger os direitos fundamentais da sociedade e, principalmente, das minorias, quando levadas essas questões ao Poder Judiciário, bem como por preservar o texto da Constituição Federal, verifica-se que o STF adota uma postura substancialista em relação à Constituição Federal, realizando uma leitura moral, em razão da omissão do Legislativo e Executivo, tendo um papel interveniente na proteção dos direitos fundamentais da sociedade. (BARROSO, 2015, p. 37 e 38)

5. Considerações finais

No presente trabalho, pretendeu-se demonstrar a forma como ocorreu a ascensão do Poder Judiciário e a importância

do respeito aos direitos fundamentais previstos nas Constituições. Além disso, foi explicada a origem do controle judicial de constitucionalidade, que possui uma origem norte-americana e veio a ser aplicada nos demais países posteriormente. Também, foram analisadas as teorias originalista, contratual e moral para demonstrar a forma como o controle judicial de constitucional deve ser exercido pelos julgadores. Por fim, foi apresentado o embate entre o procedimentalismo e o substancialismo, a fim de demonstrar qual postura deveria ser aplicada pelas cortes constitucionais.

No contexto brasileiro, a ascensão do Poder Judiciário se deu com a promulgação da Constituição Federal e, a partir disso, sobreveio a criação de Cortes Supremas, com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais e das regras dos processos democráticos.

Nesse sentido, a partir do exposto, foi possível verificar que o substancialismo, que busca a efetivação dos direitos fundamentais, em sede de controle de constitucionalidade, é a posição mais aplicada pela Corte Suprema do Brasil, deixando de lado a teoria procedimentalista. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal adota uma postura substancialista, pois preserva o texto da Constituição e confere uma atuação mais efetiva ao Poder Judiciário no âmbito da proteção dos direitos fundamentais diante da omissão das vias legislativas e executivas.

Assim, é possível constatar que o Supremo Tribunal Federal possui legitimidade, em sede de controle de constitucionalidade, para dar a última palavra, no intuito de efetivar os direitos fundamentais e para proteger as minorias em detrimento das decisões tomadas na via legislativa e executiva. Essas características referidas representam os ideais substancialistas, os quais demonstram que o Supremo Tribunal Federal vem adotando uma leitura moral da Constituição Federal com o objetivo de preservar e valorizar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** *Revista Brasileira de Políticas Públicas.* Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n.13, jan/mar, 2009.

BEATY, David. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TASSINARI, Clarissa; MOTTA, Francisco J. Borges. **Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário**. Revista De Processo, v. 283, p. 481-502, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Renúncia a direitos fundamentais¹

Waiver of fundamentals rights

Vitória Souza Pagnussat²

Resumo

O tema do presente trabalho compreende pressupostos, elementos e limites da renúncia a direitos fundamentais. Uma vez que os direitos fundamentais são recorrentemente renunciados, sempre que determinada escolha de um titular de direitos fundamentais implicar redução de pretensões jurídicas garantidas por um direito fundamental, deve-se examinar até que ponto tais renúncias podem ser consideradas válidas e eficazes, através da análise dos respectivos pressupostos e limites constituídos a fim de salvaguardar os direitos fundamentais.

1. Introdução

Para ser considerada válida a renúncia a direito fundamental, devem estar presentes pressupostos de ordem subjetiva e objetiva. Figuram o polo dos pressupostos subjetivos a capacidade do agente renunciante e a declaração de vontade; e, quanto aos pressupostos de ordem objetiva, a disponibilidade e a renunciabilidade dos direitos fundamentais. Ainda, a revogabilidade, a temporalidade, a parcialidade e o benefício proporcional são elementos essenciais da renúncia válida a direitos fundamentais.

Outrossim, é imprescindível analisar se não foram ultrapassados os limites da renúncia a direito fundamental. O conteúdo

1 Grupo de Trabalho 01: Políticas Públicas em Direitos Fundamentais e Jurisdição: interconexões cambiantes.

2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Graduada em Direito pela FMP-RS. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: vitoriapagnussat@hotmail.com.

essencial dos direitos fundamentais configura limite absoluto, assim como a observância das regras constitucionais, constituindo óbices intransponíveis à renúncia. A dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade atuam como limites relativos.

Ademais, a renúncia a direito fundamental deve ser revogável e parcial, não podendo atingir o direito fundamental na sua integralidade, sob pena de nulidade. Ainda, deve estar sempre acompanhada de benefícios ao indivíduo renunciante, sob pena de invalidade do consentimento. Nesse sentido, cabe frisar que a proporcionalidade e a proibição do excesso configuram parâmetros para o controle da renúncia a direitos fundamentais.

A correta observância dos pressupostos e limites constituem uma forma de garantir a eficácia e a proteção dos direitos fundamentais. Nessa senda, entende-se que o estudo do instituto da renúncia é necessário para a proteção dos direitos fundamentais.

2. Metodologia

A investigação teve caráter exploratório e se deu através da análise da doutrina, nacional e estrangeira, e da jurisprudência pátria. Adotou-se o método lógico-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

3. Ideias centrais e resultados

A renúncia a direito fundamental se trata de uma situação em que o titular, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas por um direito fundamental, por determinado espaço de tempo, e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo. (ADAMY, 2011, p. 58). Isso significa dizer que os indivíduos podem dispor, de alguma forma e em alguma medida, de garantias constitucionais, considerado o direito fundamental à liberdade. (CABRAL, 2018, p. 379). Ainda, a renúncia pode ser considerada uma forma de exercício do direito fundamental, se considerado que a realização de um direito fundamental inclui a possibilidade de se dispor dele, ou ainda, li-

mitá-lo, de forma a perseguir a realização de interesses próprios. (NOVAIS, 1996, p. 287). Ademais, a renúncia pode ser entendida como uma restrição autônoma, forma de exercício do direito fundamental em conjunto com o direito de liberdade. (ADAMY, 2011, p. 49)

Na renúncia, o indivíduo renunciante se vincula juridicamente a não invocar um de seus direitos fundamentais perante as entidades públicas ao comprometer-se a não exercer, temporária ou pontualmente, alguma das pretensões, faculdades ou poderes que integram esse direito. (NOVAIS, 1996, p. 273). **Há que se reconhecer, portanto, que a autonomia tem fundamento constitucional no direito à liberdade. Contudo, é imperioso verificar em que medida o exercício da autonomia pode avançar sobre outras garantias constitucionais.** (CABRAL, 2018, p. 380)

Ao analisar situações de renúncia a direito fundamental, a análise da capacidade civil é absolutamente relevante. Deve, para que considerada válida a renúncia, ser o indivíduo renunciante plenamente capaz e habilitado a todos os atos da vida civil, considerando tanto a capacidade de fato como a capacidade de direito. (ADAMY, 2011, p. 63)

Uma vez que a capacidade civil é requisito para a renúncia, faz-se mister analisar qual é o meio utilizado para exteriorizar a vontade de renunciar determinado direito fundamental, vontade esta entendida como fator nuclear e condição da renúncia. Sendo a vontade em si apenas um modo de ser da psique, de difícil cognoscibilidade, é relevante, juridicamente, a manifestação de vontade ou a vontade declarada. (ROPPO, 1988, p. 93)

A manifestação de vontade deve ser expressa e inequívoca, de forma a não permanecer qualquer dúvida sobre a intenção do titular no que concerne a sua vontade em renunciar ao direito fundamental. (ADAMY, 2011, p. 65). Dessa forma, não há que se falar, pois, em renúncia tácita. (ADAMY, 2011, p. 66)

Atenta-se que as palavras contidas na manifestação de vontade precisam ser ditas voluntariamente, na completa ausência de ameaça ou coação, e em situações em que o indivíduo tenha capacidade de negociação. (RAWLS, 1999, p. 303). É absolutamente necessário que o indivíduo não esteja sob coação, o que

significa dizer que o ato de renunciar deve ser praticado sem utilização de força física ou coação moral. Havendo temor de dano iminente e considerável à pessoa do renunciante, à sua família ou aos seus bens, a declaração de vontade será considerada viciada. (ADAMY, 2011, p. 67)

Humberto Ávila, em análise da doutrina alemã, dispõe que nas situações em que indivíduos possam vir a se privar de manifestações concretas dos seus direitos fundamentais, devem fazê-lo com voluntariedade (*freiwilligkeit*); de forma inequívoca (*unzweideutig*); livre de erro (*täuschung*), dolo (*vorsatz*), coação (*zwang*) e ameaça (*drohung*); e com garantia de vantagem (*vorteilsgewähr*), sob pena de comprometer sua manifestação voluntária. (ÁVILA, 2008, p. 261-262)

Os pressupostos objetivos da renúncia referem-se às características do direito a ser renunciado e às condições em que a renúncia é operada. Nesse sentido, o direito a ser renunciado, necessariamente, deve estar na esfera de disposição do seu titular e não ser considerado como direito irrenunciável, no contexto da sistemática constitucional. (ADAMY, 2011, p. 76)

O primeiro dos pressupostos objetivos é, portanto, a disponibilidade do direito fundamental. Reconhece-se ao indivíduo o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade. Isso não significa dizer, todavia, que as possibilidades de disposição de direitos fundamentais são irrestritas por seus titulares. (ADAMY, 2011, p. 77) O poder de disposição e a possibilidade de renúncia é maior quando o direito fundamental tiver relação tão somente com o indivíduo, ou seja, quando a renúncia afeta somente a esfera individual; de outro giro, será mais restrita quando a proteção de outros valores constitucionais estiver subjacente ao direito fundamental e o ato de disposição for dirigido em relação a algum ente estatal. (ADAMY, 2011, p. 82). Nos casos em que o direito fundamental em jogo é acentuadamente coletivo, porquanto vinculado a elementos estruturais do Estado de Direito, a disponibilidade integral do indivíduo desaparece, o que impossibilita a renúncia, que poderia vir a comprometer a eficácia do sistema de direitos fundamentais. (ÁVILA, 2008, p. 260)

O ato renunciatório deve permanecer na esfera de interesse do renunciante, não alcançando direitos fundamentais que não

sejam do próprio titular. (ADAMY, 2011, p. 84). Dessa forma, a renúncia a direito fundamental de terceiro que não tenha condições de escolher pela renúncia não será válida, ressalvados os casos em que a renúncia tenha como intuito único e exclusivo evitar dano direto a bens constitucionalmente protegidos. (ADAMY, 2011, p. 85-86). Nos casos em que a renúncia acarretar efeitos que atingirão direitos fundamentais de terceiros, aqueles cujos direitos serão afetados devem ser chamados a consentirem com o ato renunciatório. (ADAMY, 2011, p. 87)

Conclui-se que a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações de direitos com caráter personalíssimo, que, em regra, não afetam terceiros e que não tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia ao bem jurídico. (ADAMY, 2011, p. 83)

Em caso de renúncia, o indivíduo protegido pelo direito fundamental permanece na titularidade do direito, e, por conseguinte, pode revogar a declaração da renúncia, tácita ou expressamente. (ADAMY, 2011, p. 114) A autolimitação voluntária está sujeita à revogação a qualquer tempo. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 125). Se a renúncia produzisse efeitos permanentes, haveria risco de a renúncia se tornar *perda* do direito fundamental. Com a perda do direito fundamental, o titular não pode mais vir a alegá-lo ou invocá-lo, ocorrendo a privação definitiva do direito fundamental, com a impossibilidade de reaquisição do mesmo. (MORAES, 2002, p. 256). Em função disso, deve-se manter sempre a possibilidade de se afastar, a qualquer tempo, uma decisão eventualmente formada em relação à renúncia aos direitos fundamentais. (MENDES, 2007, p. 165)

Frise-se, ainda, que a revogação da renúncia não pode ser condicionada à aceitação de terceiro ou mesmo do Poder Público, uma vez que tal condição violaria o direito fundamental à liberdade do indivíduo de se vincular e se desvincular pela vontade. (ADAMY, 2011, p. 115)

Conclui-se que deve permanecer ao titular de direito fundamental a possibilidade de, a qualquer momento, rever a renúncia e revogá-la, total ou parcialmente, com a assunção de todas as

posições jurídicas antes renunciadas, desde o momento da renúncia. (ADAMY, 2011, p. 115)

A renúncia deve ter prazo determinado ou determinável, visto que uma renúncia que prevê que as posições jurídicas garantidas pelo direito fundamental serão indefinidamente não exercidas acaba por extinguir as garantias do próprio direito. Se um direito fundamental é renunciado sem prazo certo, o direito deixa de existir, ou deixa de existir até que se fixe o prazo. (ADAMY, 2011, p. 116). Não se busca, com a renúncia, que seja possível se abdicar ao direito em si e de toda possibilidade futura de exercitá-lo, mas somente a possibilidade de renunciar, por declaração de vontade, em dada situação, a determinado direito. (SILVA, 2008, p. 64)

Uma vez que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial, nunca um direito fundamental poderá ser integralmente renunciado. O conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, independentemente das razões e dos benefícios oferecidos, constitui óbice intransponível à renúncia. Se permitida a renúncia total, restariam aniquiladas as funções (de defesa ou de prestação) do direito fundamental. (ADAMY, 2011, p. 119)

Os titulares dos direitos fundamentais só podem abdicar de pontuais manifestações normativas dos direitos fundamentais, mas não renunciar a ele em seu conjunto. (ÁVILA, 2008, p. 261). De tal forma, é possível se renunciar a um determinado direito em dada situação, mas não se renunciar ao direito fundamental como um todo, para todas as relações indiscriminadamente. (SILVA, 2008, p. 64)

Uma das bases da renúncia é a igualdade. Nesse sentido, sempre que um indivíduo renuncia a um direito fundamental, busca a obtenção de algum benefício ou melhora em sua condição, e, à vista disso, a ausência de um benefício direto advindo da renúncia importará na violação do direito fundamental. (ADAMY, 2011, p. 120)

Para que a renúncia seja considerada válida, o benefício deve, ainda, ser considerado proporcional e legítimo. (ADAMY, 2011, p. 119)

Toda a renúncia a direito fundamental está sujeita a limites. Caso contrário, estaria se colocando em risco a garantia de existência e eficácia dos direitos fundamentais. Os limites supra-mencionados podem ter caráter *absoluto*, que se configuram como fronteiras que não podem ser afastadas em nenhuma circunstância, ou *relativo*, sendo estes vistos como limites *prima facie*, mas que podem ser superados por outras regras ou princípios. (ADAMY, 2011, p. 126)

São considerados limites absolutos à renúncia os colocados pela própria Constituição de maneira expressa e implícita, casos em que não há qualquer poder de disposição por parte do titular, independentemente dos benefícios oferecidos ao renunciante. (ADAMY, 2011, p. 127). Nesse sentido, são limites absolutos a garantia ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais e as regras constitucionais.

O mais importante dos limites é a garantia ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (SILVA, 2006, p. 24) Robert Alexy o define como “restrição das restrições” (ALEXY, 2008, pp. 295-301). O conteúdo mínimo deve ser entendido como última barreira, só sendo aceita a renúncia até o ponto em que ela não desfigure o direito fundamental, isto é, até onde este não seja aniquilado ou extinto e se torne absolutamente ineficaz para seu titular. (ADAMY, 2011, p. 132)

Isso não significa dizer que os direitos fundamentais não podem ser *restringidos* pelo consentimento de seu titular, mas que as situações de renúncia devem observar a garantia de eficácia, mesmo que mínima, dos direitos fundamentais. (ADAMY, 2011, p. 133)

As regras constitucionais também configuram limite absoluto à renúncia a direitos fundamentais. Por possuírem caráter definitivo, as regras constitucionais não podem ser superadas, independentemente do consentimento do titular dos direitos fundamentais, uma vez que se é imposta uma vedação expressa pela Constituição, não existe possibilidade de relativização da proibição pela atuação do particular. (ADAMY, 2011, p. 134) A título exemplificativo, não pode um trabalhador renunciar ao seu direito ao salário mínimo ou de férias, visto que existem regras

positivadas pela Constituição acerca do exposto, previstas no art. 7º, incisos IV e XVII.

São limites relativos aqueles que, em um primeiro momento, não podem ser atingidos pela renúncia. Todavia, havendo razões relevantes, tais limites podem ser superados. Entre os limites relativos estão a dignidade da pessoa humana e o livre desenvolvimento da personalidade.

A dignidade da pessoa humana atua como fundamento a permitir a renúncia a direito fundamental, por garantir aos titulares a liberdade de autodeterminação de acordo com seus interesses. Todavia, também apresenta uma face limitadora, que leva em conta a dignidade daquele que renuncia. Deve-se observar se, após ter sido exercido o ato renunciatório, não foi aniquilada a dignidade em função dessa mesma renúncia. (ADAMY, 2011, p. 148). Dada a dificuldade de se elencar e definir as situações cuja ocorrência da limitação à dignidade humana seria violada, a simples menção do termo não pode constituir limite absoluto à renúncia. (ADAMY, 2011, p. 150). Deve-se pontuar que apenas a referência a uma possível afetação da dignidade da pessoa humana é demasiadamente ampla, vaga, abstrata e acriteriosa. Isso não significa dizer que se trata de fórmula vazia de sentido ou de nula eficácia, mas que a dignidade surge como elemento positivo-constitucional, a fim de proteger a liberdade individual e a autodeterminação, sendo insuscetível de instrumentalização ou objetivação. (CANOTILHO; MACHADO, 2003, p. 48)

Como regra geral, a liberdade é conteúdo da dignidade humana e as condutas de autodeterminação dos indivíduos devem ser consideradas, uma vez que “o respeito genuíno à dignidade requer deferência as escolhas realizadas” (SCHUCK, 1994, p. 899). Nesse sentido, a dignidade humana reflete a necessidade de o Estado servir aos indivíduos que o compõem, e não de forma inversa, com os indivíduos servindo como instrumento do Estado. Em alguns casos, é clara a afirmação de atentado contra a dignidade humana, como ocorre, por exemplo, em situações de escravidão, tráfico de pessoas e tortura. Nada obstante, uma definição mais específica é temerosa. (ADAMY, 2011, p. 149)

Não pode o Estado fazer juízo das condutas dos particulares, de forma a decidir se as decisões destes são boas ou ruins,

adequadas ou inadequadas, conquanto, não será considerada válida a conduta do particular que tiver como objetivo renunciar a um direito fundamental se do ato renunciatório resultar o *aviltamento* da dignidade. (ADAMY, 2011, p. 153)

Ainda, o livre desenvolvimento da personalidade serve como fundamento da renúncia, atuando, entretanto, como limite relativo quando essa mesma renúncia impede, em momento subsequente, o livre desenvolvimento da personalidade do titular renunciante. (ADAMY, 2011, p. 159)

Diante da complexidade das situações de renúncia a direito fundamental, é necessário que se estabeleçam meios para o controle dos atos renunciatórios. São critérios de controle: a proporcionalidade e a proibição do excesso.

A proporcionalidade é utilizada na verificação das restrições que envolvem direitos fundamentais. Sendo a renúncia uma forma de ingerência estatal no direito fundamental aceita pelo titular, é necessário se observar o controle de proporcionalidade. Imperioso destacar que a renúncia a direito fundamental não significa a renúncia ao controle de proporcionalidade, e, dessa forma, a medida deve ser considerada adequada à consecução do fim justificativo à restrição e proporcional em sentido estrito. (ADAMY, 2011, p. 178)

A adequação refere-se à necessidade de relação entre o meio eleito e a realização do fim buscado. (**ÁVILA, 2010, p. 167**). Nesse sentido, a adequação é um elemento da proporcionalidade que permite avaliar se a medida é capaz de fomentar (o que não significa alcançar) a realização de um objetivo, mesmo que ele não seja integralmente atingido. (SILVA, 2002, p. 36). As previsões da renúncia devem, necessariamente, ter relação direta com a finalidade a ser alcançada e contribuir para a promoção desse fim. (ADAMY, 2011, p. 179). Atingindo-se os objetivos e as finalidades buscadas, a medida mostrar-se-á adequada.

A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, requer a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da interferência ou restrição no direito fundamental. (ADAMY, 2011, p. 181) O que deve ser ponderado não são os bens, valores ou interesses, mas as vantagens e desvantagens re-

cíprocas de alternativas legítimas e disponíveis. (NOVAIS, 2003, p. 764)

Por fim, o meio de controle da observância da garantia de proteção do núcleo essencial do direito fundamental é a proibição do excesso (ADAMY, 2011, p. 183), e esta visa a coibir uma restrição tão excessiva que faça com que o direito fundamental não apresente mais eficácia alguma. (ÁVILA, 2008, p. 104)

Referências

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Confissão cria tributo? Apontamentos sobre a disponibilidade do contribuinte sobre direitos fundamentais*. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes questões atuais do direito tributário**, vol. 12. São Paulo: Dialética, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jonatás. **"Reality shows" e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Renúncia a direitos fundamentais.** In: MIRANDA, Jorge. (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976.* vol I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra editora, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

RAWLS, John. **A theory of justice.** Cambridge: Harvard University Press, 1999.

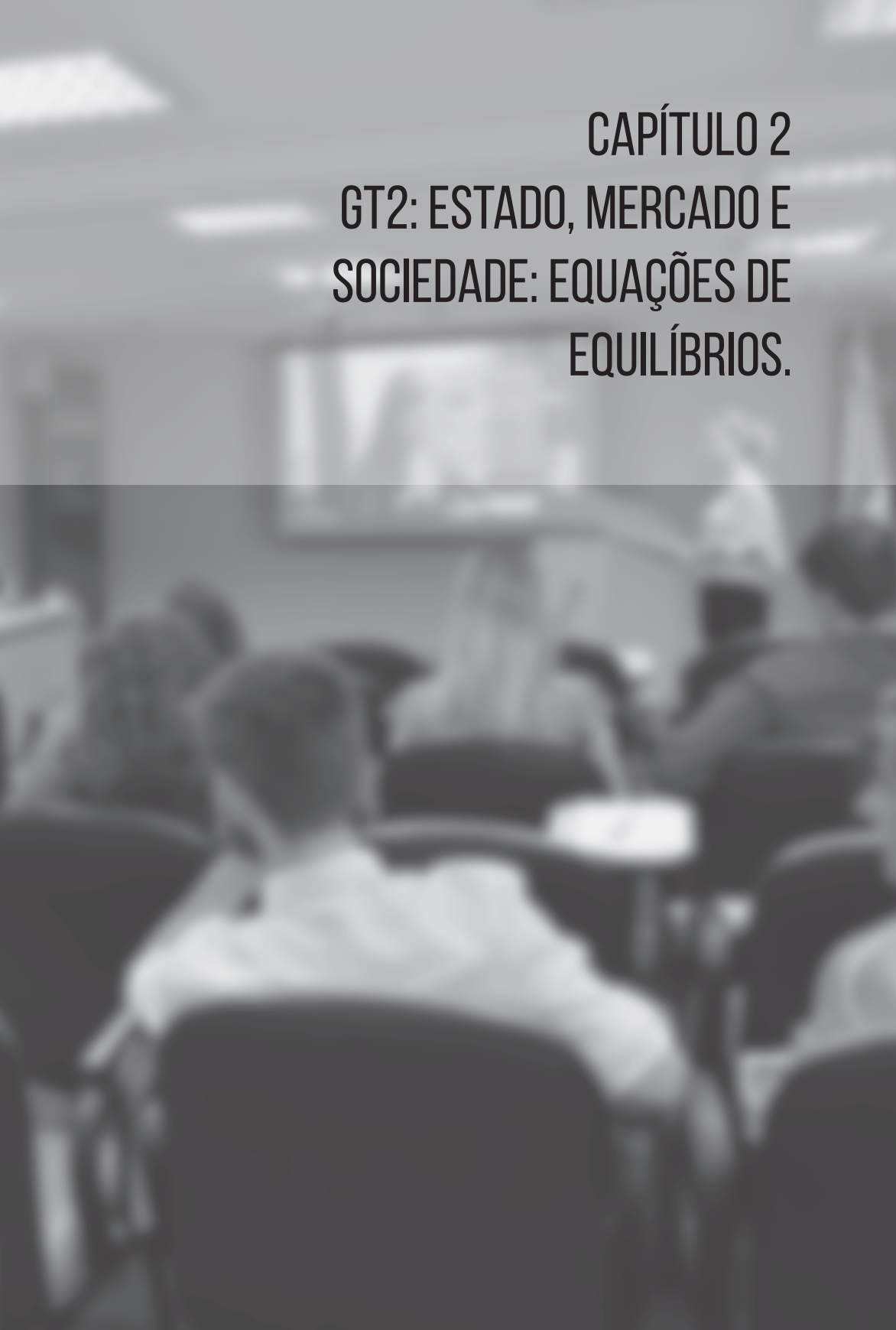
SCHUCK, Peter H. **Rethinking informed consent.** Yale Law Journal, jan/1994.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.* **Revista de direito do Estado** 4, out./dez./2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



A blurred, grayscale photograph of a classroom. In the foreground, the backs of several students' heads and shoulders are visible as they sit at desks. In the background, a whiteboard is mounted on the wall, and a person, likely a teacher, is standing near it, possibly pointing at the board. The overall scene is out of focus, creating a sense of a busy, active learning environment.

CAPÍTULO 2
GT2: ESTADO, MERCADO E
SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE
EQUILÍBRIOS.

Apontamentos introdutórios em relação ao controle externo da Administração Pública no Brasil

Introductory notes about external control of public administration in Brazil

Chaiene Meira de Oliveira¹

Rogério Gesta Leal²

Com a realização deste trabalho, objetiva-se verificar quais são as principais características do controle externo da administração pública no Brasil, sua previsão normativa e de que forma essa modalidade de controle pode contribuir para o combate às práticas corruptivas. O tema da pesquisa, portanto, relaciona-se ao controle externo da administração pública no Brasil, estando delimitado a estudar, especificamente, a atuação do Tribunal de Contas e a sua previsão constitucional.

Assim, visa-se responder ao seguinte problema de pesquisa: quais são os principais aspectos do controle externo da administração pública brasileira e de que forma essa modalidade de controle pode contribuir para o combate às práticas corruptivas? Para responder à pergunta, será utilizado o método dedutivo de abordagem e, em relação ao procedimento, será adotado o método bibliográfico. Já técnicas de pesquisa estão resumidas à pesquisa bibliográfica em livros, revistas, periódicos, notícias, teses, dissertações, dentre outros meios.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2019-2021). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: chaienemo@outlook.com.

2 Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (1987), Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (1997) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2000). Atualmente, é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: gestaleal@gmail.com.

A justificativa deste estudo centra-se na crescente necessidade de controle dos atos da administração pública e sua complexidade, a qual se dá devido a diversos fenômenos, como a intensificação das relações com o mercado, sendo importante, portanto, identificar suas características. Diante disso, o presente estudo se faz necessário para que seja possível aprimorar a aplicabilidade desses mecanismos e alcançar melhores resultados. Além disso, com a Constituição Federal de 1988, o controle externo da administração pública ganhou destaque, sobretudo com a maior independência do Tribunal de Contas, conforme será analisado ao longo deste estudo. Por essa razão, a pesquisa desse tema é fundamental no âmbito das patologias corruptivas e da administração pública como um todo.

O presente trabalho encontra-se em fase inicial de leituras e, com base no que fora desenvolvido até o momento, tem-se como hipótese inicial a ideia de que o controle externo da administração pública funciona como um mecanismo de combate à corrupção, tendo em vista que possibilita o controle dos atos públicos, sobretudo no que se refere às contas, aos gastos, ao dinheiro público e a outros aspectos relacionados à administração. Esse controle externo garante, portanto, a possibilidade de verificar se tais atos estão em conformidade com os dispositivos legais e com os princípios da boa administração pública, constitucionalmente previstos. Com isso, caso seja encontrada alguma ilegalidade, é possível, com base nas informações coletadas por meio dos mecanismos de controle externo, tomar as medidas cabíveis, a exemplo da instauração de procedimentos e aplicação de sanções.

Assim, o estudo subdivide-se em três tópicos principais. Em um primeiro momento, serão analisadas as modalidades de controle da administração pública e as características de cada uma delas. Em seguida, será realizada uma análise descritiva, especificamente relacionada ao controle externo da administração pública no Brasil, sobretudo na atuação do Tribunal de Contas, destacando as significativas mudanças elencadas na Constituição Federal de 1988. Por fim, será realizado um estudo sobre como os mecanismos de controle externo podem ser utilizados como instrumento de prevenção e combate à corrupção.

Inicialmente, no que tange às modalidades de controle da administração pública, é possível verificar a viabilidade de realizar o controle social, o controle interno e o controle externo, sendo este último o foco desta pesquisa. Em relação a tais modos de exercício do controle, observa-se que eles também podem ser adotados de maneira conjunta, ou seja: ao mesmo tempo em que os indivíduos exercem o controle social dos atos públicos, a administração pública pode adotar o controle interno e o controle externo de seus atos. Este será estudado de maneira mais específica devido à sua relevância em uma época em que as relações entre o mercado e o Estado estão cada vez mais estreitas.

É necessário observar a distinção trazida por Perez (201-) em relação às modalidades de controle interno e controle externo da administração pública. O controle interno, também denominado como poder de autocontrole, relaciona-se à compreensão de que é dever da administração pública anular os seus atos caso eles não sejam praticados de acordo com as normas pré-estabelecidas. Tal meio de controle engloba os instrumentos utilizados pela administração centralizada sobre as autarquias, fundações e empresas estatais. Já o controle externo, na definição do autor, é aquele atribuído tanto ao controle do poder legislativo sobre a administração como ao controle jurisdicional, sendo que o sistema brasileiro adota a unicidade de jurisdição, seguindo o modelo norte-americano.

De qualquer forma, segue-se o entendimento de Avritzer e Filgueiras (2011), no sentido de que, com a redemocratização do Estado Brasileiro, ocorreu o fortalecimento do controle externo da administração pública, uma vez que passou a ter um rol mais amplo de atividades exercidas, principalmente por meio da figura do Tribunal de Contas, cuja previsão de atuação consta nos artigos 70 e seguintes do texto constitucional.

Tal fortalecimento elencado pelos autores deriva de todo um contexto histórico e normativo, devendo ser considerada também a influência internacional exercida, sobretudo, por meio de tratados. Nesses tratados, alguns países – como é o caso do Brasil – se comprometeram em estabelecer mecanismos de combate às práticas corruptivas e aprimoramentos das ferramentas da administração pública.

Ainda, conforme afirma Rocha (2003, p. 233), o controle, seja qual for a sua modalidade, é uma parte integrante e essencial em todo e qualquer processo de bens e serviços, tendo como finalidade obter os melhores resultados da organização na qual está inserido. Para o autor, o controle contribui de forma efetiva desde que atue durante todas as etapas dos processos de produção, podendo, assim, corrigir eventuais falhas que venham a ser encontradas. Ou seja, o controle não se dá apenas após a ocorrência do ilícito, ele possui função preventiva. Entende-se que tal função é de extrema relevância no momento em que, ao prevenir o episódio ilícito, a administração pode operar em conformidade com os dispositivos legais e aumentar a sua eficiência.

Em relação ao tema do segundo tópico da pesquisa, o controle externo, traz-se a definição de Meirelles (2001, p. 626). O autor argumenta no sentido de que o controle externo se caracteriza como aquele realizado por um órgão estranho à administração responsável pelo ato controlado. Exemplificando tal afirmação, ele cita a auditoria do Tribunal de Contas sobre a efetivação das despesas do poder executivo, a anulação de um ato administrativo por decisão do poder judiciário e a sustação de um ato normativo do executivo por parte do poder legislativo.

A previsão constitucional da Corte de Contas encontra guarida no art. 71, o qual dispõe que o controle externo da administração pública será exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas (BRASIL, 1988). Além disso, segundo Pederneiras (2018), o controle externo exercido por parte do Tribunal de Contas, por mais que esteja previsto no referido artigo, também se relaciona com os princípios da administração pública elencados no artigo 37 do texto constitucional, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, a atividade do Tribunal de Contas não visa somente à busca da legalidade, mas também da constitucionalidade dos atos administrativos. Cumpre ressaltar, segundo Reis (2017), que os Tribunais de Contas possuem autonomia no exercício de suas funções, não estando subordinados a nenhum dos três poderes, uma vez que possuem atuação constitucionalmente prevista e com atribuições definidas.

Também em relação a essa autonomia das cortes de contas, é preciso considerar, segundo Loureiro (2009), que as inovações legislativas e funcionais atribuídas à Corte de Contas têm contribuído de forma significativa para as alterações de seu perfil institucional e, conseqüentemente, para a percepção da sociedade em relação à sua atuação, o que traz reflexos nos âmbitos social e político.

Ainda sobre esse aspecto, Santolim (2012, p. 06) leciona que

...a tradição constitucional brasileira é a da vinculação dos Tribunais de Contas ao Poder Legislativo. Desde a criação do Tribunal de Contas da União (Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890), todas as Constituições republicanas do Brasil registram os Tribunais de Contas como órgão de existência necessária, destinado ao controle dos recursos públicos, e vinculado estruturalmente ao Poder Legislativo. Apesar desta vinculação, os Tribunais de Contas, de fato, no atual modelo constitucional, constituem o que se convencionou chamar de "categoria intermédia" entre os poderes (assim como, por exemplo, o Ministério Público, que, apesar de vinculado estruturalmente ao Poder Executivo, conserva sua autonomia administrativa, financeira e funcional).

Por fim, em relação ao terceiro e último tópico, ainda que a pesquisa esteja em andamento, verifica-se que a atuação do Tribunal de Contas está intimamente ligado à fiscalização dos atos da administração pública por meio do seu controle externo. Conseqüentemente, sua atuação está alinhada à verificação dos princípios constitucionais, principalmente no que tange à moralidade administrativa.

Relacionando o combate à corrupção ao controle externo da administração pública, é possível definir, com base em Rose-Ackerman (2001), que a responsabilidade dos governos é necessária para o controle da corrupção. Tal responsabilização dos membros da administração pública ocorre quando irregularidades são identificadas, o que é possível pela atuação dos órgãos de controle externo.

Sobre esse aspecto, é importante a observação de Aguiar (2005). Segundo o autor, nos últimos anos, houve a conscientização por parte do Tribunal de Contas da União de que o combate

à corrupção e à fraude é um desafio que exige o desenvolvimento de suas competências constitucionais e legais. Embora tal desafio seja de difícil resolução, seu enfrentamento pode ocorrer no momento em que houver a excelência no desempenho de suas funções, o que pode se dar por meio do aperfeiçoamento dos seus membros e da instituição como um todo, possibilitando a adequação de sua ampla previsão constitucional.

É essa ampla atuação prevista constitucionalmente que possibilita que a atuação do Tribunal de Contas seja voltada ao controle dos atos da administração pública e, conseqüentemente, seja visto como um instrumento tanto de prevenção quanto de combate às práticas corruptivas. O entendimento firmado de acordo com a doutrina utilizada é de que a atuação do Tribunal de Contas no controle externo da administração pública pode ser considerado um instrumento auxiliar tanto de controle – o qual deve ser exercido em conjunto com o Congresso Nacional e demais poderes, nos termos constitucionalmente previstos – quanto de atuação.

Diante do exposto, é possível concluir, até o momento, as hipóteses inicialmente apontadas, ou seja: o controle externo da administração pública, sobretudo na figura do Tribunal de Contas, possui um papel fundamental na prevenção e no combate às práticas corruptivas. Cumpre ressaltar que a sua atuação não pode ocorrer de forma isolada, devendo ser adotados mecanismos, em conjunto, entre Estado e sociedade. Além disso, destaca-se que o presente estudo está relacionado ao projeto em desenvolvimento, razão pela qual resultados mais completos e conclusivos sobre a temática serão obtidos ao longo da pesquisa, com a finalização da dissertação.

Referências

AGUIAR, Ubiratan. Tribunais de contas e as estratégias para reduzir o risco de corrupção. **Revista do TCU**. Brasília. jul/set 2005.

AVRITZER, Leonardo; Filgueiras Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília: Escritório no Brasil/IPEA, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**,

Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: em 26 maio 2019.

LOUREIRO, Maria Rita et al. Democratização e reforma do Estado: o desenvolvimento institucional dos tribunais de contas no Brasil recente. **Revista da Administração Pública**. RAP — Rio de Janeiro 43(4):739-72, jul./ago. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PEDERNEIRAS, M. M. M. et al. Marcos regulatórios do controle interno: um estudo na ambientação com o controle externo e o controle social no Brasil. BASE – **Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos**. São Leopoldo, v. 15, n. 1, jan./mar. 2018.

PEREZ, Marcos Augusto. **Controle da administração pública no Brasil**: um breve resumo sobre o tema. 201-. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/controle-da-administracao-publica-no-brasil-um-breve-resumo-do-tema/>>. Acesso em 03 set. 2019.

REIS, Jair Teixeira dos. Controle externo da administração pública na Constituição Federal de 1988. **RDFG – Revista de Direito da Faculdade Guanambi**. Guanambi, v. 4, n. 2, p. 199-212, jul./dez. 2017.

ROCHA, Alexandre Amorim. Especialização e autonomia funcional no âmbito do Tribunal de Contas da União. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília a. 40 n. 157 jan./mar. 2003.

ROSE-ACKERMAN. **La corrupción y los gobiernos**: causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo veintiuno de espana editores, 2001b.

SANTOLIM, César. Corrupção: o papel dos controles externos – transparência e controle social: uma análise de direito e economia. **Cadernos de pós-graduação da UFRGS**, vol. II, a. 1, 2012.

A aplicabilidade (ou não) do Código de Defesa do Consumidor no âmbito notarial e registral: uma forma de concretização da solidariedade

Jorge Renato dos Reis¹

Érica Veiga Alves²

Resumo

Este artigo visa verificar a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor no âmbito notarial e registral como forma de concretização do princípio constitucional da solidariedade. A relevância do tema consiste em dar uma maior segurança jurídica para os atos praticados pelos Notários e Registradores. O problema de pesquisa tem seu enfoque em responder o seguinte questionamento: Há aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos atos praticados pelo Notário e Registrador no direito civil contemporâneo como possível forma de concretização da solidariedade? Através do método hipotético-dedutivo, a problemática consiste em analisar duas hipóteses, sendo a primeira positiva, de modo a se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos atos praticados pelo Notário e Registrador, concretizando a solidariedade; e a segunda negativa, de modo a não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos atos

1 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Privado pela UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (FISC). Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação, mestrado e doutorado da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. Endereço eletrônico: jreis@unisc.br

2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pós-graduanda em Direito Civil. Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas “Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado”, coordenado pelo Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. E-mail: veigaalves@yahoo.com.br

praticados pelo Notário e Registrador, não concretizando a solidariedade. Os resultados encontrados apontam que a primeira hipótese confirma-se.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Notário. Princípio da Solidariedade. Registrador.

1. Introdução

Visando dar maior segurança jurídica para os atos praticados pelos Notários e Registradores, o presente artigo pretende verificar a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor no âmbito notarial e registral como forma de concretização do princípio constitucional da solidariedade.

Através do método hipotético-dedutivo, a problemática consiste em analisar duas hipóteses, sendo a primeira positiva, de modo a se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos atos praticados pelo Notário e Registrador, concretizando a solidariedade; e a segunda negativa, de modo a não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos atos praticados pelo Notário e Registrador, não concretizando a solidariedade.

Para responder tal questionamento, será abordado, num primeiro momento, o Código de Defesa do Consumidor no direito civil contemporâneo, tendo em vista que o Código Civil Brasileiro inovou ao trazer o princípio constitucional da proteção da parte hipossuficiente a exemplo do Código de defesa do consumidor.

Num segundo momento, será abordada a atividade notarial e registral como concretizadora do princípio da solidariedade, logo, com a busca da realização da igualdade substancial. Tendo uma vez alcançado tal objetivo, a valorização da solidariedade também estará sendo realizada.

Assim, quando a parte busca um cartório extrajudicial para a celebração de um negócio jurídico, pode-se depreender que há vulnerabilidade, pois, o contratante é considerado hipossuficiente do negócio jurídico, dando seguimento, desta forma, a toda a evolução histórica e cultural da legislação pátria atual que trata a matéria da atividade praticada por notários e registradores.

2. Objetivos

O objetivo geral da pesquisa é verificar a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor no âmbito notarial e registral como forma de concretização do princípio constitucional da solidariedade. Já os objetivos específicos são: analisar o Código de Defesa do Consumidor no direito civil contemporâneo e relacionar a atividade notarial e registral como concretizadora do princípio constitucional da solidariedade.

3. Metodologia

A metodologia utilizada na presente pesquisa foi de cunho hipotético-dedutivo, que se resume na construção de hipóteses, que devem ser testadas nos mais diversos métodos.

O método hipotético-dedutivo foi concretizado pelo teste de duas hipóteses, sendo a primeira positiva, de modo a se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos atos praticados pelo Notário e Registrador, concretizando a solidariedade; e a segunda negativa, de modo a não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos atos praticados pelo Notário e Registrador, não concretizando a solidariedade. Os resultados encontrados apontam que a primeira hipótese confirma-se, de forma que há aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no âmbito notarial e registral e conseqüente concretização do princípio da solidariedade.

4. Fundamentação teórica ou discussões

4.1 O Código de Defesa do Consumidor no direito civil contemporâneo

Com a superação do cunho patrimonialista e individualista empregado no Código Civil de 1916, o direito contemporâneo, ao incorporar os princípios constitucionais trazidos pela promulgação da Constituição de 1988, abandona a defasada dicotomia entre o direito público e privado, passando ambos a interligar-se (REIS; BAGATINI, 2012).

Entretanto, apesar das críticas, pode-se afirmar que o Código Civil de 2002 traz em seu cerne princípios elementares do Código de Defesa do Consumidor, que “desempenhou, [...] o papel deflagrador de repensar crítico o direito privado, criando nos anos 90 um movimento conhecido como consumerismo, que procura se afastar ao máximo da dogmática liberal e patrimonialista do direito civil tradicional” (TEPEDINO, 2002).

O legislador, ao concretizar o princípio da isonomia contratual no Código de Defesa do Consumidor, buscou “reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado” (GRINOVER; BENJAMIN, 1996).

E para exemplificar tal pensamento, evidenciam Reis e Dias (2011) que “convencionou-se denominar [...], na órbita civil, de constitucionalização do direito privado, visto que, através de análises hermenêuticas dos fundamentos constitucionais, tornou-se possível dar um novo enfoque a antigos institutos”.

Assim, passou o Código Civil Brasileiro a trazer o princípio constitucional da proteção da parte hipossuficiente a exemplo do Código de Defesa Consumidor. Dessa maneira, a parte do código em questão que consiste em dispor sobre negócios jurídicos em geral está visando constantemente proteger o contratante considerado hipossuficiente do negócio jurídico.

4.2 A atividade notarial e registral como concretizadora do princípio constitucional da solidariedade

De acordo com Reis (2011), as constituições anteriores a 1988 não tratavam diretamente do princípio da solidariedade como a atual versa. Mesmo que muitas delas contivessem esboços de direitos humanos, somente em 1988 estes direitos passaram a ser tratados especificadamente.

Assim, no âmbito brasileiro, a Constituição Cidadã foi a primeira a apresentar a dignidade da pessoa humana como máxima do ordenamento jurídico. Porém, não se trata de uma inovação brasileira em relação ao direito constitucional internacional. (SARLET, 2009)

Por conseguinte, a solidariedade social é intrinsecamente relacionada ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Isto porque, com a busca da realização da igualdade substancial, tendo uma vez alcançado tal objetivo, a valorização da solidariedade também estará sendo realizada. Por esta analogia, caso o Estado aja permitindo que haja indivíduos com diferentes dignidades sociais, estaria indo em desacordo com o que versa o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. (PADOIN, 2009)

Logo, quando a parte busca um cartório extrajudicial para a celebração de um negócio jurídico, pode-se depreender que há vulnerabilidade, pois, o contratante é considerado hipossuficiente do negócio jurídico, dando seguimento, desta forma, a toda a evolução histórica e cultural da legislação pátria atual que trata a matéria da atividade praticada por notários e registradores.

Assim, ao considerar tal relação entre parte e titular da serventia extrajudicial como sendo consumerista, há a concretização da solidariedade, tendo em vista que haverá uma paridade na relação, garantindo assim maior segurança jurídica para os negócios jurídicos pátrios.

5. Resultados e/ou Considerações finais

Como visto, passou o Código Civil Brasileiro a trazer o princípio constitucional da proteção da parte hipossuficiente a exemplo do Código de Defesa Consumidor. Dessa maneira, a parte do código em questão que consiste em dispor sobre contratos em geral está visando constantemente proteger o contratante considerado hipossuficiente do negócio jurídico, dando seguimento, assim, a toda a evolução histórica e cultural da legislação pátria atual que trata a matéria da atividade praticada por notários e registradores.

E nesse sentido, a relação consumerista conquistou inegável importância, tanto na esfera prática como teórica do direito contemporâneo. Pois, antigamente, negócios jurídicos por notários e registradores apenas eram regidos pelo direito privado isoladamente, já hoje, superada essa dicotomia entre o direito público e privado, pode-se depreender que essa relação entre a

parte e o notário e registrador se abarca por todo o direito, seja ele público ou privado, individual ou coletivo.

Desse modo, pode-se concluir que, nos atuais parâmetros do direito notarial e registral, a relação entre a parte que busca uma serventia extrajudicial e o seu respectivo titular é regida pelo direito consumerista e, conseqüentemente, é resultado da evolução social ocorrida desde a promulgação da Constituição de 1988, a qual irradia seus princípios para as legislações infraconstitucionais e fez com que viesse a ser regulamentado o Código de Defesa do Consumidor, concretizando, assim, o princípio constitucional da solidariedade.

Referências

GRINOVER, Ada Pellegrini BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Visão geral do código*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

PADOIN, Fabiana Fachinetto. **Os direitos fundamentais nas relações contratuais**. Fabiana Fachinetto Padoin. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

REIS, J. R. dos; BAGATINI, J. **Novo Sistema Interpretativo do Direito Civil**. In: COSTA, M. M. M. da; LEAL, M. C. H.; LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos (Orgs.). *As Políticas Públicas no Constitucionalismo Contemporâneo*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

REIS, J. R. dos; DIAS, F. da V. **A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral**. In: REIS, J. R. dos; BOFF, S. O.; DIAS, F. da V.; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código Civil / Estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro, 2002.

O trabalho infantil doméstico e suas consequências na formação escolar da criança e do adolescente da rede pública do Estado do Rio Grande do Sul

Domestic child labor and its consequences in the school education of children and adolescents of the public network of the State of Rio Grande do Sul

Jadir Zaro¹

Leandro Oliveira Persson²

1 Tema

Trabalho infantil doméstico e as consequências na formação escolar de alunos da rede pública.

2 Delimitação do tema

O trabalho infantil doméstico e suas consequências na formação escolar da criança e do adolescente da rede pública do estado do Rio Grande do Sul.

1 Graduado em Filosofia - Licenciatura Plena – Faculdades Franciscanas (1997); Graduado em Teologia pela Faculdade Palotina/FAPAS (2000); Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco/UCDB (2008); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC (2012). Doutorando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul/UNISC; Diretor e Professor da Faculdade Palotina/FAPAS; Advogado e assessor jurídico da Sociedade Vicente Pallotti/SVP; Membro da Comissão de Proteção Integral da Criança e do Adolescente da Sociedade do Apostolado Católico/SAC; Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens GRUPECA/UNISC, coordenado pelo prof. Dr. André Viana Custódio. E-mail jadirzaro@pallottipoa.com.br

2 Pós-graduado em Gestão Pública. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC). Advogado atuante. E-mail: lepersson@gmail.com

3 Problema

Ao confrontar o trabalho infantil doméstico e a formação escolar da criança e do adolescente, problemas podem ser percebidos no desenvolvimento infantil, por isso. Questiona-se: quais são as consequências que o trabalho infantil doméstico gera no desenvolvimento educacional da criança e do adolescente da rede pública do estado do Rio Grande do Sul?

4 Hipótese

A conexão entre a infração legal em destaque – em que crianças e adolescentes, em pleno processo de desenvolvimento, são forçados à prática do trabalho infantil doméstico – e os problemas vinculados à formação educacional é percebida na rede pública de educação. Os problemas vão desde dificuldades no processo de aprendizagem, perpassando pela reprovação do ano escolar, chegando à evasão escolar. Isso demonstra a relevância da implementação de novas políticas públicas em vistas à prevenção e à erradicação do trabalho infantil doméstico.

Outra possível hipótese e contrário ao descritos é considerar o trabalho infantil doméstico como importante para o processo formativo da criança e do adolescente, inclusive contribuindo na aprendizagem escolar dos estudantes das escolas da rede pública do estado do Rio Grande do Sul, na sua permanência e formação profissional.

5 Objetivos

5.1 Objetivo geral

Através de uma abordagem teórica, prática e histórica, com descrição de estatísticas e percentuais, objetiva-se analisar as consequências do trabalho infantil doméstico no desenvolvimento educacional da criança e do adolescente da rede pública de ensino do estado do Rio grande do Sul.

5.2 Objetivos específicos

- Explicar a legislação que garante a proteção integral da criança e do adolescente em âmbito nacional e internacional.

- Descrever os dados e percentuais referentes ao trabalho infantil doméstico das crianças e adolescentes da rede pública de ensino.
- Acentuar as consequências no desenvolvimento integral das crianças e dos adolescentes vítimas do trabalho infantil doméstico, vinculados aos estabelecimentos de ensino da rede pública do estado do Rio Grande do Sul.

6 Resumo referencial

Realizar uma investigação histórica e prática auxilia na compreensão da situação das crianças e dos adolescentes, principalmente quando se compreende as doutrinas e as leis que destacam a importância de sua proteção integral em práticas culturais e sociais.

O mundo que a 'criança deveria ser' ou 'ter' é diferente daquele onde ela vive, ou no mais das vezes sobrevive. O primeiro é feito de expressões como 'a criança precisa', 'ela deve', 'seria oportuno que', 'vamos nos engajar em que', até o irônico 'vamos torcer para'. No segundo, as crianças são enfaticamente orientadas para o trabalho, para o ensino, para o adestramento físico e moral, sobrando-lhes pouco tempo para a imagem que normalmente a ela está associada: do riso e da brincadeira (PRIORE, 2018, p. 08).

Estar entre o ideal e o real não só possibilita uma constatação histórica, como também oportuniza constantes alterações, as quais são vinculadas a melhores garantias e direitos reconhecidos, em vista do desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

A proteção jurídica, que tem por finalidade erradicar o trabalho infantil doméstico no Brasil, está vinculada ao reconhecimento da dignidade humana e à proteção dos direitos humanos. Assim, verificar a situação da criança e do adolescente em relação ao trabalho doméstico passa pela análise do reconhecimento internacional e nacional da dignidade da pessoa humana (CUSTÓDIO, 2008, p. 31).

No que tange a uma especificação maior, quando se destaca o trabalho infantil doméstico como um processo de proteção e garantia de direitos da criança e do adolescente em âmbito internacional, é necessário perceber a importância das contribuições

da Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes. A primeira recomendação referente ao trabalho infantil aprovada pela OIT remete ao ano de 1919, apresentada como Convenção n. 05, e aborda a idade mínima para o trabalho infantil. Estabeleceu-se que antes dos 14 anos o trabalho infantil é proibido na indústria.

Em relação ao processo de erradicação do trabalho infantil no Brasil, destaca-se a Recomendação n. 190, que aborda as piores formas dessa modalidade. No item 2, por exemplo, são apresentadas as diretrizes necessárias para os programas, em vista das políticas elaboradas.

(a) identificar e denunciar as piores formas de trabalho infantil; (b) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil ou afastá-las dessas formas de trabalho, protegendo-as contra represálias e assegurando sua reabilitação e integração social por meio de medidas que levem em conta suas necessidades educacionais, físicas e psicológicas; (c) dispensar especial atenção: (i) às crianças menores; (ii) às meninas; (iii) aos problemas do trabalho oculto, nos quais as meninas estão particularmente expostas a riscos; e (iv) a outros grupos de crianças com vulnerabilidades ou necessidades especiais; (d) identificar comunidades em que haja crianças particularmente expostas a riscos, entrar em contato direto com essas comunidades e trabalhar com elas; e (d) informar, sensibilizar e mobilizar a opinião pública e grupos interessados, inclusive as crianças e suas famílias (OIT, Recomendação n. 190, 1999).

Ao se destacar o tema dos direitos e das garantias da criança e do adolescente no Brasil, o maior aporte legal é a própria Constituição Federal de 1988, em cujo art. 227 apresenta um novo paradigma legal. As bases principiológicas presentes nesse artigo descrevem a proteção integral almejada.

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 (BRASIL, 1988).

Especificando o tema de direitos e garantias em vista da proteção integral da criança e do adolescente e determinando todas as políticas de prevenção e erradicação do trabalho infantil, é relevante destacar que

...em síntese, pode-se afirmar que a proteção constitucional contra a exploração do trabalho envolve três limites: inferior, básico e superior. O limite inferior estipulado em quatorze anos estabelece a marca pela qual não é permitida a realização de qualquer tipo de trabalho, sendo esta idade correspondente à conclusão da escolaridade básica fundamental (SOUZA, 2016, p. 120).

Apesar dessa recomendação, algumas particularidades são apresentadas: na condição de jovem aprendiz, permite-se o trabalho do jovem a partir dos 14 anos; entre 16 e 18 anos, é permitido o trabalho com diversas restrições; e a condição jurídica plena de trabalho apenas é permitida a partir dos 18 anos.

A legislação reconhece como criança a pessoa de idade até 12 anos e adolescente a pessoa entre 12 e 18 anos de idade. O art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vincula o Estado, a família e a sociedade no compromisso de garantir os direitos dessas crianças e adolescentes numa responsabilidade compartilhada. Cabe a eles possibilitar acesso a oportunidades de cultura, esporte, educação, participação comunitária e política, e não construir barreiras que possibilitem a exploração.

Ao se verificar o contexto atual e perceber a redução de políticas públicas relacionadas à erradicação do trabalho infantil doméstico – apesar da evidente constatação de que elas contribuíram no reconhecimento de direitos e garantias da criança e do adolescente –, são necessárias uma releitura histórica e uma adequada compreensão das causas da evasão escolar e as consequências negativas no desenvolvimento físico, intelectual e psicológico da criança e do adolescente.

As principais consequências educacionais decorrentes do trabalho infantil doméstico [...] envolvem a dificuldade de acesso à escola, geralmente em razão das longas jornadas, a dificuldade de permanência, infrequência, evasão precoce, baixo nível de rendimento escolar, gerando a reprodução da exclusão educacional (CUSTÓDIO, 2013, p. 109).

A jornada de trabalho doméstico praticada pela criança e pelo adolescente, evidentemente, prejudica o seu acesso aos estudos. Quando eles conseguem frequentar a escola, para poder estudar e sonhar com um futuro melhor, esbarram nas mais diversas dificuldades, as quais vão conduzindo para uma possível evasão escolar. Havendo permanência na escola – seja por interesse pessoal, obrigação legal ou incentivo dos familiares e da sociedade –, o rendimento escolar é prejudicado, gerando um descompasso em relação às demais crianças e adolescentes da mesma faixa etária.

Alunos dos cursos noturnos por sua vez apontam que a evasão escolar destes alunos se dá em virtude de estes serem obrigados a trabalhar para sustento próprio e da família, exaustos da maratona diária e desmotivados pela baixa qualidade do ensino, muitos adolescentes desistem dos estudos sem completar o curso secundário (MEKSENAS. 1992, p. 98).

Como explanado anteriormente, o artigo 227 da Constituição Federal aponta que é dever da família, da sociedade e do Estado proporcionar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à educação. A Lei nº 9.394, denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), no seu art. 2º, reforça essa garantia constitucional e estabelece que:

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1996).

Enfrentando os mais variados problemas, a educação pública do Brasil, atualmente, não está conseguindo alcançar seus objetivos mais básicos. O próprio acesso à educação e o fornecimento de meios adequados para a formação da criança e do adolescente são itens preocupantes. O tema da evasão escolar e o trabalho infantil doméstico se quer é contemplado em seus debates de políticas públicas adequadas.

A educação precisa ser reconhecida como base relevante para que a criança e o adolescente consigam ter a sua dignidade e os seus direitos humanos reconhecidos, exercendo o próprio

direito da cidadania e podendo, adequadamente, no seu devido tempo, qualificar-se para futuras profissões.

O trabalho infantil doméstico, por apresentar características desumanas – às vezes desenvolvido em locais insalubres, de forma penosa e em condições precárias –, acaba prejudicando a formação integral da criança e do adolescente e o acesso à escola. (DUTRA, 2007). A presente situação se agrava com a pobreza, as desigualdades sociais, os atrativos e as alternativas ilusórias das ruas. Nesse contexto, posição social, negligência familiar e trabalho infantil domésticos são fatores relevantes na continuidade do ciclo da pobreza, da evasão escolar e do desenvolvimento afetivo, intelectual e emocional da criança e do adolescente.

O trabalho infantil está intimamente ligado às questões políticas, sociais e econômicas, e suas consequências refletem diretamente no direito e no acesso à educação da criança e do adolescente, diminuindo drasticamente suas chances de ter um futuro promissor.

7 Metodologia

Para se chegar a resultados mais eficazes, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento documental e bibliográfico. A descrição inicial se faz a partir da evolução histórica, teórica e legal, em vista da erradicação do trabalho infantil. Os elementos empíricos se fundamentam nas estatísticas e análises do desenvolvimento educacional da criança e do adolescente, que são prejudicados pelo trabalho infantil doméstico.

8 Técnicas de pesquisa

A pesquisa bibliográfica terá como base os livros, os artigos e as revistas da biblioteca física e virtual da UNISC (citados na referência) e demais teses, dissertações e artigos que possam contribuir com o trabalho.

A pesquisa documental e de estatísticas será feita através dos sites e impressos oficiais que sejam relevantes e demonstrem conteúdos confiáveis.

9 Resultados

Os resultados já encontrados destacam que a proteção legal devidamente fundamentada e aprovada possibilitou políticas públicas em vista da erradicação do trabalho infantil doméstico no Brasil. Elas provocaram a redução dessa atividade em 61,6% entre os anos de 2004 e 2015, saindo de 406 mil casos, para 156 mil, conforme relatórios da OIT.

Apesar desses números, ressalta-se, contudo, que no ano de 2015, 88,7% das crianças e adolescentes que trabalhavam em ambiente doméstico tinham entre 10 e 17 anos, eram meninas, das quais 71% eram negras, o que ainda demonstra a discriminação racial presente nesse processo.

10 Referências

BOBBIO, Norberto. A Era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 406, de 04 de maio de 1938. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei nº 9.394 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana. A exploração do trabalho infantil doméstico no Brasil: limites e perspectivas para sua erradicação. (Tese). Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007202.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

CUSTÓDIO, André Viana e Josiane Rose Petry Veronese. Trabalho Infantil doméstico no Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CUSTÓDIO, André Viana e Josiane Rose Petry Veronese. Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil. Curitiba: Multidéia, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da Criança e do Adolescente. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. Revista do Direito Unisc, v. 29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>>. Acesso em: 15 set. 2019.

DUTRA, Maria Zuila Lima Dutra. Meninas domésticas, infâncias destruídas: legislação e realidade social. São Paulo: LTr, 2007.

MACHADO, Raimar. Igualdade, liberdade contratual e exclusão por motivo de idade nas relações de emprego. Porto Alegre: Magister, 2011.

MENDELIEVICH, Elias. El trabajo de los niños. Genebra: oficina internacional de trabajo, 1980.

MEKSENAS, Paulo. Sociologia da Educação: Uma introdução ao estudo da escola no processo de transformação social. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 1992.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre os direitos da Criança. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 138. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_235872/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação n. 190. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_242762/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/lang-pt/index.htm>>. Acesso em: 15 set. 2019.

PRIORE, Mary del. *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2018.

SOUZA, Ismael Francisco de. *O reordenamento do programa de erradicação do trabalho infantil (PETI): Estratégias para concretização de políticas públicas socioassistenciais para crianças e adolescentes no Brasil*. Santa Cruz do Sul, 2016 (Tese). Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1304/1/Ismael%20Francisco%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2019.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Lauro Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

A invasão aos direitos fundamentais do trabalhador mediante prestação de serviço na modalidade de teletrabalho

Eduarda de Souza Carvalho¹

Eliziane Fardin Vargas²

Resumo

Com a entrada em vigor da Lei ° 13.467, denominada como “Reforma Trabalhista”, a modalidade de teletrabalho foi inserida na legislação com novos regramentos. A modalidade de teletrabalho trata-se de um trabalho a distância realizado pelo empregado, através de um ambiente escolhido pelo trabalhador ou disponibilizado pelo empregador. Neste sentido, este artigo focaliza, em especial, na invasão aos direitos fundamentais do trabalhador quando labora em regime de teletrabalho, na medida em que esta modalidade de prestação de serviço traz uma flexibilidade de horário e o exercício da atividade laboral em local diverso da matriz e/ou produção da empresa do empregador, não estando o empregado, portanto, submetido a controle de jornada de trabalho. Os resultados permitiram identificar que deve haver um equilíbrio na relação empregado-empregador e a predefinição de jornada por parte do empregado e/ou do empregador, a fim de haver uma desconexão por parte do empregado do ambiente de trabalho a fim de não atingir os direitos fundamentais, como à dignidade da pessoa humana, à saúde, à vida, etc..

Palavras-chave: Relação de trabalho. Teletrabalho. Invasão aos direitos fundamentais.

1 Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-graduada Lato Sensu em Prática Trabalhista e Previdenciária Contemporânea pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: eduarda.scar@gmail.com.

2 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). E-mail: elizianefvargas@mx2.unisc.br

1. Introdução

O presente trabalho trata da invasão aos direitos fundamentais do trabalhador em regime de teletrabalho, na medida em que esta modalidade de prestação de serviço traz uma flexibilidade de horário e o exercício da atividade laboral em local diverso da matriz e/ou produção da empresa do empregador, não estando, portanto, submetido a controle de jornada de trabalho do empregador.

2. Objetivos

O objetivo geral da pesquisa é responder ao questionamento: Desta forma, a exigência do empregador com o empregado, em regime de teletrabalho, no cumprimento de suas obrigações, a qualquer momento do dia, infringiria os seus direitos fundamentais, sendo que não há jornada de trabalho prefixada?

3. Metodologia

Para isso, utilizar-se-á o método dedutivo, empregando a técnica de pesquisa bibliográfica, na literatura especializada e em fontes de dados, com a finalidade de compreender o limite do empregador ao exigir do empregado o exercício de suas obrigações diárias, a fim de que não ocorra a infringência dos direitos fundamentais, e identificar o dano existencial diante da violação dos direitos individuais.

4. Fundamentação

Através da pesquisa, busca-se afirmar a hipótese de que as cobranças realizadas pelo empregador, a jornada extraordinária exercida pelo empregado e a falta de prefixação para a "explicação" e prestação de informações do empregado, em regime de teletrabalho, ao empregador gera a invasão à esfera íntima do trabalhador e, conseqüentemente, a infringência aos direitos fundamentais.

Essa hodierna forma de prestar o serviço ao empregador é conceituada por Breton (1994 apud RODRIGUES, 2011, p. 39) a partir de três características: a primeira é de que o trabalho é

executado fora do local onde devam surtir seus resultados. Em segundo, aquele que emite a ordem não tem a possibilidade de realizar a fiscalização da atividade de perto, então, sendo um trabalho à distância, o controle passa a ser feito em cima das metas do trabalhador. Já a terceira característica preconiza que esse tipo de atividade será executada por meios telemáticos, com o uso de suportes de informática.

Atualmente, é possível perceber uma forte tendência no que tange à substituição da forma convencional de realização do trabalho, presencial, pelo teletrabalho. A mudança decorre de diversos fatores, seja para propiciar a redução dos gastos com espaço físico de trabalho, conceder maior autonomia laboral ao trabalhador, diminuir o tempo de deslocamento e os riscos inerentes ao percurso de casa para o trabalho ou pela possibilidade de imposição de metas objetivas de trabalho. A Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Televendas pondera que há vantagens em adotar o teletrabalho, eis que haverá a economia dos recursos naturais, a melhoria na qualidade de vida do trabalhador, bem como a melhoria da mobilidade urbana, pois haverá menos carros nas vias públicas. (SOBRATT, 2017)

Esta modalidade de trabalho e, principalmente, as metas a serem cumpridas durante a jornada laborativa, por vezes ultrapassam os limites estipulados pelas normas de saúde e segurança no trabalho, bem como atingem a esfera íntima do trabalhador com a imposição de metas extensas e a imprevisibilidade por parte do empregado de quando ele será acionado pelo empregador devido à exclusão desse profissional do controle de jornada de trabalho, conforme o art. 62, III da CLT (BRASIL, 2017), desta forma colocando o empregado em uma espécie de situação de sobreaviso implícito constante. Segundo Melo (2017), a inclusão do inciso III do art. 62 da CLT se deu de maneira perversa pelo legislador, já que se passou a

retirar a proteção à jornada, desconsiderando o grande avanço tecnológico que permite atualmente aos empregadores controlar a localização exata do trabalhador, as atividades que estão sendo desempenhadas e os horários de início e fim. A regra no direito brasileiro é a jornada de 8h diárias e 44h semanais, prevista no art. 7º, da CF/88, sem distin-

ção. Além disso, há o parágrafo único do art. 6º da CLT, que equipara o controle telemático e informatizado à supervisão direta do empregador. (MELO, 2017)

Logo, é deveras necessário refletir sobre os aspectos da reforma trabalhista que ferem os fundamentos da República Federativa do Brasil no que condiz à preservação da dignidade da pessoa humana e à conservação do valor social do trabalho. Na visão de Melo (2017), as alterações realizadas e que afetam o teletrabalhador não observaram o resguardo necessário, por ser o obreiro parte hipossuficiente da relação de trabalho, por um viés totalmente inverso, procurou-se “livrar o empregador da observância do direito constitucional do trabalhador à proteção da jornada, submetendo-o a uma perigosa hiperconexão digital, sem o correspondente pagamento por parte dos donos da produção...” (MELO, 2017).

A pressuposição de que o teletrabalhador é dotado de plena autonomia para gerir sua jornada nem sempre é verdadeira, já que, por vezes, é exigido deste um número elevado de metas, maior perfectibilidade técnica e capacidade de adaptação. Substitui-se, então, a supervisão do empregador sobre as horas de trabalho pela obrigação que o empregado tem em desenvolver seu autocontrole e disciplina com a finalidade de suprir as demandas laborativas que lhe são impostas. (ROCHA; AMADOR, 2018, p. 157) É notável que esta situação de imposição de metas “estimula o empregado a prosseguir sua tarefa além do limite da jornada e fragiliza os limites entre tempo de trabalho e tempo social, dedicado pelo empregado ao seu bem-estar, à sua família, ao seu lazer e ao seu repouso” (CASTRO, 2012, p. 203).

Autores como Tietze (2005 apud BARROS; SILVA, 2010, p. 73) apontam fatores negativos aos quais os trabalhadores em teletrabalho são expostos, a exemplo: o maior controle das empresas ao empregado, redução da capacidade de inovação em relação ao ofício exercido, bem como um horário de expediente que se estende para além do fixado cotidianamente.

Desse modo, no teletrabalho, o enfoque principal deixa de ser a quantidade de horas trabalhadas pelo empregado no dia, passando a ser mais relevante a sua produtividade, independentemente da carga horária de sua jornada laborativa, assim “o

empregador se polariza, ramifica, estende sua presença e alcance a qualquer local onde a comunicação possa chegar (e, com ela, o trabalho)” (FINCATO, 2019, p.70).

O empregado passa a, efetivamente, vender seu trabalho e os padrões remuneratórios migram do salário-hora para o salário-productividade, alterando culturas, diálogos negociais e contratos. O tempo do trabalho, portanto, deixa de ser tão relevante [...]. No teletrabalho, não há compra de tempo, não há jornada a cumprir. O teletrabalho é atemporal e flexível. (FINCATO, 2019, p. 70)

Conforme muda a maneira de prestar o serviço, altera-se, juntamente, a subordinação, que passa a não ser somente direta e imediata; com a evolução dos meios de telecomunicação cria-se “uma telessubordinação que não se compara ao trabalho a domicílio do início da industrialização, pois os modernos equipamentos permitem a conexão permanente do trabalhador à empresa” (ROBORTELLA, 1994 apud CASTRO, 2012, p. 204).

Por isso, fala-se no direito à desconexão, para estabelecer a ruptura entre o tempo de trabalho e o tempo de descanso ou lazer. Esse direito consiste em assegurar ao trabalhador não ficar sujeito à ingerência, solicitações ou contatos emanados do empregador, no período destinado ao descanso diário, semanal ou anual, desligando o equipamento de conexão. (CASTRO, 2012, p. 203)

A partir disso, destaca-se que o elemento subordinação é o norteador para a diferenciação entre as relações de trabalho e o trabalho autônomo. A subordinação se baseia na situação jurídica que deriva do contrato de trabalho, no qual o empregado se dispõe a acolher as ordens dadas pela direção empresarial, ora empregador, a fim de operar a sua prestação de serviço. (DELGADO, 2013, p. 293)

Percebe-se que a subordinação está ligada diretamente com o poder diretivo do empregador sobre o empreendimento, na medida em que ordena e realiza a fiscalização direta sobre as atividades desenvolvidas pelos seus empregados. O poder diretivo está ligado ao espaço e estrutura interna da empresa, bem como o *modus operandi* pelo qual o empregador comanda o trabalho do empregado da melhor maneira que lhe convém.

Tal poder apresenta como limite basilar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dando enfoque à promoção do bem de todos. (ROCHA; MUNIZ, 2013, p. 108)

Nesse sentido, quanto à modalidade de teletrabalho, o poder de direção poderá mesmo assim ser aplicado ao empregado, com maior ou menor intensidade, o que tornará a subordinação com a denominação de telessubordinação, que poderá ocorrer durante a execução do trabalho do empregador. Dessa maneira, observa-se que o empregador não renuncia totalmente o controle sobre as atividades do teletrabalhador, pois, caso o trabalhador se encontre conectado direta e permanentemente, por meio de computador, com o centro da empresa, o empregador poderá passar instruções e controlar a atividade do empregado, como se o empregado estivesse na sede da empresa. O que torna, sem via de dúvidas, a subordinação jurídica, que estará presente mesmo quando a execução do trabalho é a longa distância ou até mesmo operando off line. (BARROS, 2009, p. 331)

Assim, mesmo o empregado trabalhando na modalidade de teletrabalho, não é impedido de sofrer constantes cobranças, através dos próprios meios de informatização por ele utilizado, de modo que o tempo do trabalhador fora da matriz e/ou produção não significa menos tempo na empresa e, sim, a empresa vindo ocupando maior espaço dentro do lar do trabalhador. (VIANA, 2000, p. 176) Com o trabalho adentrando o lar do trabalhador, pode-se chegar ao ponto de que o empregado não saberá mais ponderar se estará trabalhando ou em seu tempo de descanso, se está trabalhando ou se relacionamento com os seus familiares (ROCHA; MUNIZ, 2013, p. 109-110), eis que ficará alternando constantemente entre os meios eletrônicos de trabalho e o televisor, gerando uma mistura com a vida profissional e a vida pessoal do trabalhador. Nessa esteira, o poder diretivo e a subordinação não irão desaparecer do teletrabalho, apenas irão mudar de forma, continuando o empregado a ser cobrado como se estivesse em chão de fábrica.

Com isso, mesmo que o empregador controle o empregado a distância, há um limite tênue e perigoso entre o poder diretivo do empregador e a invasão à vida privada do trabalhador, a fim de permitir ao trabalhador a desconexão com o trabalho. Eis que

os danos que o trabalhador poderá enfrentar frente ao excesso de trabalho influenciarão diretamente na dignidade física e psíquica, vindo a afetar também, de maneira direta, o lazer e a vida privada do empregado.

Da mesma forma, as práticas de jornada exaustiva por longo período impõem ao trabalhador um novo e prejudicial estilo de vida, constituindo a causa de danos não apenas patrimoniais ao trabalhador, mas, principalmente, importa violação a direitos fundamentais e o aviltamento da saúde e bem-estar do empregado. Gerando, assim, um ator de risco ao estado psicossocial da pessoa, capaz de ensejar danos à saúde e à sociedade como um todo, na medida em que o obreiro fica privado de uma vida familiar e social dignas, do lazer e do desenvolvimento de sua personalidade, além de gerar risco potencial para doenças do trabalho, como a Síndrome de Burnout.

Ainda, passa a privar aos direitos de personalidade, como o direito ao lazer e à convivência familiar, gerando lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). Assim, é necessário haver equilíbrio ao se aderir a modalidade de teletrabalho, pois o empregador terá que ser cauteloso ao exercer a fiscalização e cobranças sobre as atividades desenvolvidas pelo empregado. Evitando, nesse sentido, a invasão à vida privada do trabalhador e ultrapassar o limite de exigência de conexão do empregado a distância, bem como deverá ser ponderada a fiscalização a fim de não causar prejuízos irreparáveis à empresa.

5. Conclusão

Nesse passo, na pesquisa realizada foram abordadas as cobranças realizadas pelo empregador, a jornada de trabalho exercida pelo empregado e a ausência de prefixação para a “explicação” e prestação de informações do empregado, em regime de teletrabalho. Com isso, esta revisão demonstra que os empregados vinculados a modalidade de teletrabalho não se encontram impedidos de sofrer invasões junto a sua esfera íntima, podendo ocorrer a invasão aos seus direitos fundamentais.

Pois, com o trabalho adentrando o lar do trabalhador, pode-se chegar ao ponto de que o empregado não se atentará mais se está trabalhando ou em seu tempo de descanso, se está trabalhando ou se relacionamento com os seus familiares, eis que ficará alternando constantemente entre os meios eletrônicos de trabalho e os pessoais, gerando uma mistura com a sua vida profissional

Por este motivo, ao se aderir a modalidade por teletrabalho, deverá o empregador e o empregado ponderarem os meios e horários de cobranças, bem como aderir a uma jornada de trabalho pré-fixada. Assim, haverá equilíbrio entre a relação empregado e empregador frente a modalidade de teletrabalho, pois o empregador, de modo cauteloso, poderá exercer a fiscalização e cobranças sobre as atividades desenvolvidas pelo empregado sem invadir à vida privada do trabalhador. Da mesma forma, não ultrapassará o limite de exigência de conexão do empregado a distância, bem como não causará prejuízos irreparáveis à empresa, na medida em que poderá afastar possível busca por indenização na esfera judicial.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, de 14 jul. 2017.

BARROS, Alexandre Moço; SILVA, José Roberto Gomes da. Percepções dos indivíduos sobre as conseqüências do teletrabalho na configuração home-office: estudo de caso na Shell Brasil. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 71 a 91, jan. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5143/3877>>. Acesso em: 28 Set. 2019.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. O conceito de tempo de sobreaviso e as tecnologias da comunicação.

Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 199-209, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/2963>>. Acesso em: 28 set. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

FILARDI, Fernando; CASTRO, Rachel Mercedes P. de; ZANINI, Marco Tulio Fundão. Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, jul. 2019.. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/79843>>. Acesso em: 28 Set. 2019.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 8, n. 75, p. 58-72, fev. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152290/2019_fincato_denise_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 set. 2019.

MELO, Geraldo Magela. O teletrabalho na nova CLT. **ANAMATRA**. 28 de jul. 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>. Acesso em: 28 de jul. 2019.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 152-162, jan. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 set. 2019.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. O teletrabalho à luz do artigo 6º da CLT: o acompanhamento do direito do trabalho às mudanças do mundo pós-moderno. **Revista Tribunal Regional Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 57, n. 87/88, p. 101-115, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/72691/2013_rev_trt03_v0057_n0087_n0088.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 de set. 2019.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. **Teletrabalho: a tecnologia transformando as relações de trabalho**. 2011. Dissertação (Mestrado

em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-14062012-112439/pt-br.php>>. Acesso em: 29 set. 2019.

SOBRATT. Reflexões sobre o teletrabalho no Brasil: antes e depois da Lei n. 13.467/2017. **SOBRATT**, 01 set. 2017. Disponível em:<<http://www.sobratt.org.br/index.php/01092017-reflexoes-sobre-o-teletrabalho-no-brasil-antes-e-depois-da-lei-n-13-4672017/>>. Acesso em: 30 set. 2019.

VIANA, Márcio Túlio. A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do século XXI. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

A necessária regeneração da democracia representativa por meio da participação cidadã em conselhos deliberativos¹

The required regeneration of representative democracy through citizen participation in deliberative councils

Roberta de Moura Ertel²

1. Introdução

O presente resumo irá abordar, inicialmente, a falência da democracia representativa como forma de governo e a necessidade de regeneração desta por meio de ampliação das formas de inserção da sociedade na tomada de decisões políticas, sobrevivendo a democracia deliberativa como alternativa. Para tanto, também será abordado que esta participação na deliberação pública se concretiza nos Conselhos, órgãos deliberativos compostos tanto por entes governamentais como por membros da sociedade civil, discorrendo-se sobre a importância da existência destes. Em contraponto, mencionar-se-á a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121, que discute a constitucionalidade da extinção dos Conselhos por meio do Decreto nº 9.759/2019.

Por fim, o presente resumo irá se dedicar a demonstrar que é no âmbito local que estas práticas deliberativas democráticas têm mais resultado, ante a proximidade dos cidadãos para com a realidade local vivenciada, que se reflete na necessidade

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Integrante do Grupo de Pesquisa denominado Estado, Administração Pública e Sociedade, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. Advogada. Professora no Centro de Ensino Integrado Santa Cruz (CEISC). E-mail: roberta.ertel@gmail.com

de fortalecimento e fomento aos Conselhos Municipais, mais especificamente.

2. Objetivos

Como problema de pesquisa tem-se: Ante o não atendimento das expectativas sociais tão somente por meio da atuação dos representantes eleitos, quais as medidas que propiciam maior aproximação e reconhecimento dos cidadãos para com as decisões políticas tomadas? Como hipótese, tem-se que o estímulo da democracia deliberativa dentro dos órgãos colegiados, mais especificamente os Conselhos, mostra-se importante meio de acesso à participação política pela sociedade, a iniciar-se pelo âmbito local. Como objetivo geral, tem-se o estudo dos órgãos colegiados deliberativos como meio de fomento à participação social.

3. Metodologia

Já a metodologia utilizada será a hipotético-dedutiva, com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica.

4. Fundamentação

4.1 O modelo tradicional de democracia representativa e o seu não atendimento às expectativas sociais

Em uma sociedade plural, a melhor forma de se respeitar as minorias e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos é por meio da democracia, forma de governo na qual se permite o diálogo entre os diferentes, priorizando-se o respeito pelas divergências, sendo garantido o direito à liberdade de expressão, de opinião e do pensamento. Para Robert Dahl (2001), a democracia proporciona inúmeras oportunidades, como a participação efetiva, a igualdade de voto, a aquisição de entendimento esclarecido e a inclusão.

Nadia Urbinati (2006), que é defensora do modelo representativo de democracia, aduz que o regime democrático está embasado em quatro princípios: soberania popular expressada

pelas eleições; representação por meio de mandatos livres; a utilização de mecanismo eleitoral que venha assegurar um grau de responsabilidade do representante ante a população; e sufrágio universal. Leal (2019, no prelo) entende que estes elementos não estão em equilíbrio constante e nem sintonia, sendo provados cotidianamente. Porém, mesmo que em equilíbrio estivessem, iriam operar com a lógica da representação institucional limitada ao Parlamento e ao Poder Executivo, não ampliando a participação e a presença cidadã na tomada de decisões políticas.

A democracia representativa já tem histórico de ser identificada pela hegemonia de certos grupos e interesses mais poderosos, ou seja, de um fragmento da sociedade. Não necessariamente isto a torna perversa, pois, conforme Leal, “ela evidencia conjuntos de relações de força e pressão das mais diversas ordens que existem no cotidiano das vidas das pessoas, o que a coloca sempre em risco/perigo de ser capturada de forma unilateral” (LEAL, 2019, p. 10, no prelo), vindo a excluir grupos com menos força política. Tudo isso intermediado pelo Estado e seus órgãos institucionais, tendo seus principais lugares ocupados por este tipo de protagonismo de grupos econômicos e políticos mais fortes. (LEAL, 2019, no prelo)

Ressalta-se que, justamente por esta tradicional hegemonia, é de suma importância buscar o apoderamento legítimo do poder político por uma parcela cada vez maior de cidadãos e seus representantes (sejam estes formais ou não), para que ocupem espaços em que se discuta gestão dos interesses coletivos e sociais. E no que isto implica? Em uma severa e necessária revisão da presença das instituições políticas democráticas, com o objetivo de aumentar a responsabilidade da representação política mais transparente, bem como radicalizar a soberania popular. (LEAL, 2019, no prelo)

A democracia representativa brasileira, atualmente, tem estimulado muito mais o distanciamento da cidadania do que atraído os cidadãos para a participação e, por isto, se mostra de suma importância falar em formas de se oxigenar e regenerar a democracia representativa, propondo-se aqui a menção do modelo de democracia deliberativa, consoante se verá a seguir.

4.2 O exercício do poder político e a inclusão cidadã na tomada de decisões por meio da democracia deliberativa dentro dos conselhos: uma alternativa

Apesar de a democracia deliberativa também ser representativa (já que a população permanece elegendo seus representantes), aos indivíduos é propiciado debater, apresentar argumentos e deliberar; isto é, em uma democracia deliberativa a participação do indivíduo não se resume meramente ao voto, deixando de ser inerte e indo além da eleição dos seus representantes. Ou seja, na democracia representativa há limitação da representação dos menos favorecidos, pois este modelo, conforme Blanco (2000), acaba por proteger os interesses dos mais poderosos, já que eles possuem maior número de membros que os representam, atrofiando o controle popular e estimulando uma estrutura de privilégios³, consoante já discorrido neste artigo.

O cerne da política deliberativa se dá de forma precisa em uma rede de discursos e de negociações, que deve tornar possível a solução racional das questões gerais, as quais correspondem aos impasses acumulados de uma integração funcional, moral e ética deficiente da sociedade. (HABERMAS, 2003) Ou seja, para se pensar em democracia deliberativa, é necessário compreender que a participação pública nesse processo deve ser constante, agindo como forma de prevenção das crises, e não somente no momento em que elas ocorrem, a fim de se evitar uma atuação/postura somente curativa. (LEAL, 2011)

Assim, este modelo surge com certos pontos em comum com a democracia participativa, mas visa maior atuação das pessoas físicas ou jurídicas, as quais são chamadas ao discurso, aos debates e à verdadeira deliberação das matérias que versem sobre os seus interesses. Isto é, esse chamamento é voltado para a real participação de uma decisão coletiva. Ademais, em uma política deliberativa se busca o acordo, o equilíbrio de interesses, a coerência jurídica, a racionalidade, um fim específico e uma

3 Las deficiencias de la democracia representativa derivan de que el puro enfrentamiento de intereses privados no asegura, sino que limita, la representación de los más desfavorecidos. Siempre se oirá más a las elites que menosprecian al público o a los grupos de interés más poderosos por sus recursos y no tanto por el número de miembros que representan. Esto facilita la atrofia del control popular, la perpetuación o creación de las estructuras de privilegios, y la imposibilidad de un intercambio de papeles entre representantes y representados (BLANCO, 2000, p. 25).

fundamentação moral. (HABERMAS, 2002) Neste contexto, como sintetiza Souza Neto (2006), o estado de direito é considerado como condição de viabilidade da democracia, pois esta depende da liberdade de expressão e de pensamento.

Realizada esta breve explanação sobre o modelo democrático-deliberativo, nota-se que este exige a construção pública da opinião, de forma a promover a existência de uma sociedade que seja capaz de tratar as suas necessidades como um todo, sendo, portanto, desta forma que órgãos colegiados que prevejam a participação da Sociedade Civil – como os Conselhos – se mostram como um local favorável para práticas deliberativas, como um instrumento político e público, devido ao diálogo comunicativo que é adotado para a tomada de decisões. Ou seja, ao promover a existência de uma sociedade que possibilite o tratamento de seus problemas como um todo, a democracia deliberativa mostra-se passível de realização em um contexto em que os Conselhos se constituem.

Oportuno retomar que a essência da democracia deliberativa se constitui por meio do diálogo entre os participantes, estes em nível de igualdade, podendo ser exercida em diferentes contextos e níveis (federal, estadual e municipal). Estruturas e regras acerca da interação devem ser delineadas, em todos os casos, atendendo a uma tentativa aproximada das condições ideais de fala. Ademais, a busca por consensos racionais, a participação em larga escala e a pluralidade de concepções e opiniões evidenciam prismas como a argumentação pública, bem como a equalização de forças entre Estado e sociedade civil. A fim de fomentar a participação e a interação, os Conselhos – e até mesmo os orçamentos participativos – estão ocupando um lugar central como atores-chave da democracia deliberativa no Brasil. (OLIVEIRA; PREREIRA; OLIVEIRA; 2010)

Hoje, os Conselhos são o centro de uma reestruturação das políticas, concretizando o direito de participação e o princípio da descentralização política, tendo se tornado um importante mecanismo de gestão com base na participação cidadã, esta entendida como a capacidade e articulação dos setores sociais, em um contexto de integração de segmentos tradicionalmente excluídos da política, viabilizando a observância de suas deman-

das. (CARVALHO et al., 1999) Daí a necessidade, também, de se analisar os Conselhos sob uma perspectiva de verdadeira deliberação pública, e não somente participação figurada por meio da presença física dos representantes da sociedade civil: o conselho é o lugar propício para se escutar e ser escutado, isto é, para o discurso dos atores envolvidos, a fim de se buscar consensos racionais no que se refere às demandas sociais e à implementação (fiscalização e execução também) de políticas públicas.

Todavia, indo de encontro a esta defesa da existência dos Conselhos e ao estímulo à atuação destes, sobreveio o Decreto nº 9.759 de 11 de abril de 2019, posteriormente alterado pelo Decreto nº 9.812 de 30 de maio de 2019, a fim de extinguir órgãos colegiados, dentre eles os Conselhos, da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, inclusive aqueles instituídos por ato infralegal. (BRASIL, 2019, <www.planalto.gov.br>)

Como consequência deste decreto presidencial, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121 pelo Partido dos Trabalhadores (PT), com a alegação de que esta extinção violaria os princípios republicano, democrático e de participação popular estabelecidos na Constituição Federal, bem como que o decreto estaria se apropriando de iniciativa reservada ao Congresso Nacional.

Assim, foi deferida parcialmente a medida cautelar requerida, suspendendo a eficácia do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 9.759/2019, na redação dada pelo Decreto nº 9.812/2019, afastando, até o julgamento final da ADI, a possibilidade de extinguir colegiados por meio de ato unilateral do Chefe do Executivo, sejam estes conselhos, câmaras, comitês ou grupos consultivos e deliberativos que tenham sido constituídos com aprovação do Congresso Nacional. (BRASIL, 2019, <www.stf.jus.br>)

Além disso, o Ministro Relator Marco Aurélio suspendeu, por arrastamento, a eficácia de atos normativos posteriores a promoverem, consoante redação do artigo 9º do Decreto 9.759/2019, a extinção dos respectivos órgãos. Ou seja, o objeto da ADI nº 6.121 é justamente a declaração da inconstitucionalidade da extinção de colegiado deliberativo ou consultivo criado a fim de colaborar com o processo decisório institucional de condução de

políticas públicas. Neste sentido, entende-se oportuno transcrever trecho do referido voto do relator:

Democracia [...] deve ser compreendida como o conjunto de instituições voltado a assegurar, na medida do possível, a igual participação política dos membros da comunidade. Sob essa óptica, qualquer processo pretensamente democrático deve oferecer condições para que todos se sintam igualmente qualificados a participar do processo de tomada das decisões com as quais presidida a vida comunitária: cuida-se de condição da própria existência da democracia. (BRASIL, 2019, <www.stf.jus.br>)

Aduziu ainda o Ministro Marco Aurélio que a soberania popular legitima o papel desempenhado pelos políticos eleitos por meio do voto em eleições periódicas. Mas, resumir e reduzir a participação política dos cidadãos tão somente ao ato de votar não se mostra suficiente para vitalizar a democracia, a qual pressupõe controle, tanto crítico como fiscalizatório, das decisões públicas pela sociedade. Para ele, um povo que não exerce a democracia não se autogoverna. O relator aproveita, inclusive, para mencionar a validade de uma democracia deliberativa que propicie envolvimento dos cidadãos nas questões públicas a serem decididas. (BRASIL, 2019, <www.stf.jus.br>) Neste aspecto, pontua:

[...] a efetiva deliberação pública racionaliza e legitima as decisões tomadas no âmbito da gestão política da coisa pública. Para tanto, surge imprescindível a criação de condições a franquearem, no debate público, idêntica oportunidade a todos os cidadãos para influenciar e persuadir em contexto discursivo aberto, livre e igualitário. A conclusão é linear: a igual oportunidade de participação política revela-se condição conceitual e empírica da democracia sob a óptica tanto representativa quanto deliberativa. Como ideal a ser sempre buscado, consubstancia-se princípio de governo a homenagear a capacidade e a autonomia do cidadão em decidir ou julgar o que lhe parece melhor para a definição dos rumos da comunidade na qual inserido – requisito de legitimidade de qualquer sistema político fundado na liberdade. (BRASIL, 2019, <www.stf.jus.br>)

Ainda, destaca que a existência de conselhos nos quais se possa haver esta interação com a sociedade, como mecanismo de

participação política, é uma forma de se manter vivo o “espírito de 1988”. Assim, entendeu por razoável condicionar a extinção de um órgão colegiado com apoio legal à prévia autorização parlamentar, pois, entender de modo diferente esvaziaria o espaço institucional de conversa entre os Poderes.

Superada esta análise acerca da importância, de uma forma geral, da existência e funcionamento dos Conselhos em todas as esferas, inclusive reforçada por recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.121, faz-se oportuno discorrer sobre a necessidade de fortalecimento local da participação política como uma forma de exercício da democracia deliberativa, começando no âmbito municipal o estímulo à mudança de postura inerte da sociedade no que se trata à participação na tomada de decisões.

4.3 O fomento à participação social local para regeneração da democracia

Conforme já aduzido, os Conselhos são meios de participação política, de deliberação institucionalizada, de exercício de controle público e de publicização das ações de governo. Eles compõem esferas de argumentação e de redefinição de normas, procedimentos e valores, buscando a formação de consensos e de construção de identidades sociais. Conforme Carneiro (2006), a sociedade, dentro da estrutura prevista, possui o poder de intervir nas ações e nas metas governamentais, sendo os Conselhos, desta maneira, legítimos espaços de formação das vontades e de opinião, bem como mecanismos de ação que se inserem na agenda de governo, trazendo à tona demandas e assuntos de interesse público. Neste local, a absorção destes temas é propícia para a articulação e implementação de políticas públicas, tornando-se um espaço que tem, pelo menos na teoria, poder de efetivar as questões sociais e os dilemas vividos em sociedade.

Deste modo, serão abordados os motivos pelos quais o âmbito local é considerado o espaço adequado para aproximação política dos cidadãos e para fomento da deliberação pública, fortalecendo a ideia de exercício da democracia deliberativa por meio dos Conselhos Municipais, sendo o poder local como meio

facilitador da interação entre sociedade civil e Estado. Ou seja, de início, é preciso buscar respostas locais e regionais e, mesmo que haja a falência de filiação partidária, participação em comissões, organizações e demais grupos, ainda assim é necessário ter uma estrutura eleitoral que estimule o contrário, começando no âmbito municipal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, consolida-se o processo de descentralização, o qual fomenta alterações na dinâmica participativa, principalmente em âmbito local. Assim, na década de noventa, teve início o fortalecimento da institucionalização das práticas participativas de formas inovadoras e o advento de movimentos sociais pautados na revalorização da vida humana. (ALLEBRANDT, 2010) Deste modo, mostra-se de profunda importância problematizar esta relação sociedade vs. Estado, baseando-se nas pautas que sobrevivem a partir de reformas políticas e constitucionais que debatem, principalmente, direitos sociais já adquiridos (ABRANCHES, AZEVEDO, 2004), o que atualmente também se percebe presente nas pautas das reivindicações sociais.

Ademais, a partir das Leis Orgânicas dos Municípios, este ente federado passou a ter um papel essencial na tomada de decisão acerca de políticas públicas locais, sendo por meio dos Conselhos Municipais que restou consolidada a participação social, permitindo o acesso da sociedade a espaços antes reservados apenas aos entes governamentais, criando-se condições de maior fiscalização e necessidade de prestação de contas do executivo.

Havendo fortalecimento do poder local, diminui-se a sensação de exclusão das decisões políticas, possibilitando a participação do cidadão na alteração da realidade e do contexto vivido pela sociedade inserida em um espaço comum. A aproximação das vivências cotidianas torna mais realista a tradução das demandas e problemáticas enfrentadas, e, ao haver empoderamento do âmbito local, visto como e espaço de identidade cultural, fomenta-se uma situação de maior igualdade. Isto é, no âmbito do município é que o público encontra maior facilidade de comunicação e de diálogo junto à Administração, pois a rea-

lidade em nível local é muito mais palpável, possibilitando maior afinidade com o exercício das práticas democráticas, inclusive.

Neste mesmo contexto, a Constituição Federal de 1988, ao prever a livre organização da sociedade (por meio de movimentos sociais, sindicatos e associações), estimula a participação dos atores sociais nos espaços da política pública através de conselhos populares. Desta forma, cabe à sociedade a tarefa de definir a sua política participativa, buscando compreender qual o seu significado, quais as condutas a serem adotadas e quais as estratégias para que estas sejam verdadeiramente públicas. (ABRANCHES; AZEVEDO, 2004)

Ladislau Dowbor (2016) aduz que é necessário que o cidadão sinta que recuperou o poder o controle sobre o seu bairro, sobre a sua comunidade e a forma destes se desenvolverem. Isso se caracteriza como o espaço local, encarado, no Brasil, como o município, mas, para ele, este espaço local também é o bairro, o quarteirão em que se reside. Este sentimento de controle está intrinsecamente ligado com o sentimento de cidadania. Para o autor, “o poder local não é condição suficiente para mudar o mundo, sem dúvida, mas é sim condição necessária: a democracia começa por casa” (DOWBOR, 2016, p. 14). Ou seja, apesar de insuficiente, o poder local possui imenso valor.

O convívio e a compreensão do contexto e das necessidades locais proporcionados pelo âmbito municipal, dão segurança à população local e incentivam as práticas deliberativas e o exercício da cidadania. Isso resulta no aumento das chances de efetivação de uma gestão democrática mais inclusiva. A democracia deliberativa mostra-se, portanto, como o modelo que mais possui fundamentos para concretização do direito à participação política, sendo o âmbito público municipal o espaço ideal para a prática deste.

Isto tudo porque o município constitui um local privilegiado de proximidade entre cidadãos, propiciando uma constatação mais fiel das necessidades da população e também viabilizando a adoção de soluções mais adequadas, traduzida na participação na deliberação existente nos Conselhos Municipais.

5. Conclusão

Diante de diversas e recentes manifestações sociais que tomaram as ruas, denota-se que a democracia representativa em seu modelo tradicional não mais basta para atender aos anseios e às demandas sociais, considerando suas inúmeras e crescentes particularidades. O ideal do termo democracia é uma sociedade justa, igualitária e harmônica, em que haja um equilíbrio entre as demandas de uma maioria, com a devida atenção e respeito às minorias. No modelo hoje existente no Brasil, claramente não há estímulo para participação política que aproxime o cidadão com as decisões governamentais, a fim de traduzir suas necessidades. Por isto, entende-se necessário e urgente que a democracia representativa se regenere, já que ela não deve ser vista como um modelo pronto e acabado e, sim, apto a se moldar às expectativas sociais.

Neste viés, entende-se que a democracia deliberativa é uma alternativa de oxigenação do modelo tradicional representativo, pois estimula o aparecimento da sociedade na tomada de decisão e na deliberação pública. Este exercício deliberativo se dá, principalmente, em sede de órgãos colegiados, mais especificamente dentro dos Conselhos. Todavia, teve-se uma recente tentativa de extinção autoritária dos Conselhos, a fim de enxugar gastos públicos de um lado, mas colocando em risco uma possibilidade de participação democrática da sociedade na tomada de decisões políticas, ou seja, colocando-se em risco um importante instrumento para exercício não tradicional da democracia. Atualmente, devido ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.121, que considera inconstitucional o decreto presidencial que determinou a extinção dos conselhos, encontra-se, por medida cautelar, temporária e parcialmente suspensa a eficácia do referido decreto.

Além disso, apesar da tentativa de ataque frontal à existência dos Conselhos, entende-se que o âmbito local é o espaço adequado para fomento da participação cidadã, sendo de suma importância a existência dos Conselhos Municipais, cada um restrito à sua área de atuação, a fim de trazer para deliberação política voz à comunidade local.

Portanto, a fim de responder o problema de pesquisa do presente artigo, resta confirmada a hipótese, eis conclui-se que o estímulo da democracia deliberativa dentro dos órgãos colegiados, mais especificamente os Conselhos, mostra-se um importante meio de acesso à participação política pela sociedade, a iniciar-se pelo âmbito local.

Referências

_____. ADI 6.121. Rel. Ministro Marco Aurélio. Medida Cautelar julgada em 13 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-adi-6121.pdf>. Acesso em 10 ago. 2019.

_____. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Déficits da democracia representativa e o fomento a antipolítica:** aspectos introdutórios. 2019 (no prelo).

ABRANCHES, M.; AZEVEDO, S. A capacidade dos conselhos setoriais em influenciar políticas públicas: realidade ou mito? In: SANTOS JÚNIOR, O.A.; RIBEIRO, L.C.Q.; AZEVEDO, S. (Orgs.). **Governança democrática e poder local:** a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2004.

ALLEBRANDT, Sérgio Luís. **Cidadania e gestão do processo de desenvolvimento:** um estudo sobre a atuação dos conselhos regionais e municipais de desenvolvimento do Rio Grande do Sul, de 1990 a 2009. 2010. 302 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional - Doutorado) - Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2010. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/456/1/Sergio.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2019.

BLANCO, Víctor Sampedro. **Opinión pública y democracia deliberativa:** medios, sondeos y urnas. Madrid: Istmo, 2000.

BRASIL. Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019. **E x t i n g u e** e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

CARVALHO, et al. **Conselhos municipais**: sua contribuição para o desenvolvimento local. ENANPAD, 23. Foz do Iguaçu, 1999. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad1999-ap-10.pdf>. Acesso em: 19 out. 2018>.

DAHL, Robert. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local?** Imperatriz. Ética: 2016. Disponível em: http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2012/06/Dowbor_Poder-Local-portal.pdf. Acesso em: 15 mar. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas. In: _____ (Org.). **A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública**: alguns estudos de casos. 1.ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 10-98.

OLIVEIRA, V. C. S.; PEREIRA, J. R.; OLIVEIRA, V. Os conselhos gestores municipais como instrumentos da democracia deliberativa no Brasil. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 8, n. 3, art. 3, p. 422-437, 2010. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/1124/os-conselhos-gestores-municipais-como-instrumentos-da-democracia-deliberativa-no-brasil/i/pt-br>. Acesso em: 02 abr. 2019.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? **Revista LuaNova**. São Paulo, 2006, n. 67, p. 191-228. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452006000200007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 03 mar. 2019.

Casos de improbidade administrativa nos municípios do Rio Grande do Sul: uma análise da importância da transparência como ferramenta para o controle social¹²

Cases of administrative improbity in Rio Grande do Sul municipalities: an analysis of the importance of transparency as a tool for social control

Betieli da Rosa Sauzem Machado³

Daniela Arguilar Camargo⁴

A Constituição federal de 1988 trouxe uma contribuição notória referente aos princípios norteadores para a Administração Pública e probidade administrativa, previstos no artigo 37, caput e §4º. Para melhor regulação do §4º, foi criada a Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), especificando os atos que importam em improbidade, bem como definindo a responsabilização do agente que comete o ato, tendo em vista os prejuízos causados ao patrimônio público e, conseqüentemente, à sociedade.

Diante disso, um dos mecanismos de controle externo dos atos praticados por agentes políticos é o controle social, por

1 Este trabalho conta com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

2 Este trabalho conta com o apoio da Confederação Nacional de Municípios – CNM

3 Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduanda em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Centro de Ensino Integrado Santa Cruz. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br

4 Doutoranda e Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - Conceito Capes 5, com bolsa Prosuc Capes, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. E-mail: danielacamargo68@gmail.com

meio do qual os cidadãos podem promover reivindicações em prol de uma Administração Pública mais eficiente e honesta. Uma das ferramentas que facilitam o controle social é a transparência realizada pelos municípios, pelos estados e pela União, oportunizando que os cidadãos tomem conhecimento sobre os atos da Administração para que possam colaborar com a gestão pública.

Assim, este estudo tem como pergunta de pesquisa o seguinte questionamento: os municípios gaúchos com registro de improbidade administrativa no ano de 2019, com destaque para as cidades de Santa Maria e Paraíso do Sul, dispõem de dados sobre os atos da gestão pública que possam ser facilmente acessados pelos seus cidadãos por meio da internet ou outro meio de comunicação?

Para responder a esse questionamento, será utilizado o método de abordagem dedutivo, pois a conclusão da problemática já está implícita no decorrer do texto. Ainda, será utilizado o método de procedimento bibliográfico, utilizando diversas obras para a compreensão do tema. Inicialmente, é importante realizar uma breve abordagem sobre a administração pública para, posteriormente, verificar quem são os seus agentes e quais atos cometidos importam em improbidade administrativa. O Estado, tradicionalmente atrelado ao modelo burocrático de administração, foi submetido a diversos questionamentos nos anos de 1970 e seguintes, colocando esse modelo em xeque – do ponto de vista administrativo, econômico e social – em diversas partes do mundo (SECCHI, 2008).

Nesse período, o mundo atravessou uma crise fiscal tremenda, na qual os governos encontraram dificuldades de financiamento, somando-se ao fato de a população estar revoltada com o aumento de impostos. Ademais, a globalização chegou juntamente com as inovações tecnológicas, enfraquecendo o controle dos governos sobre os fluxos de comércio e finanças. Assim, eles detinham menos poder e menos recursos, mas as demandas populacionais aumentavam consideravelmente (SECCHI, 2008).

O modelo burocrático, baseado na organização de procedimentos, com forte hierarquização e separação entre público e privado, não atendia mais às necessidades da Administração Pú-

blica. Frente a isso, o modelo de Estado e a sua administração passaram por uma reformulação, instituindo-se o modelo gerencial de Administração Pública, com a finalidade de superar o modelo burocrático. Isso se deu com a adoção de ferramentas que visavam à excelência da administração, de modo que a capacidade da gestão se tornaria o centro de discussão das administrações, juntamente com as mudanças na área da economia, a exemplo do ajuste fiscal (SECCHI, 2008).

A transformação global da Administração é um fato que não se pode contestar, pois o Estado, antes governado burocraticamente, está passando por reformas que têm como paradigmas o modelo gerencial. O Brasil, nos anos 1980, atravessou um processo alheio ao descrito, pois a Constituição de 1988 estava voltada para esse modelo burocrático e, em muitos aspectos, significou um grande avanço para os direitos individuais e sociais (SECCHI, 2008). Contudo, representou um retrocesso no que tange à Administração Pública, a exemplo da instalação de uma Assembleia Constituinte, que visava mudar a situação vigente até então, tendo uma tendência de considerar todo o regime de antes.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 buscou também a insurgência contra as práticas clientelistas e patrimonialistas, significando uma manutenção de privilégios injustificáveis dos corporativistas, razão pela qual Pereira e Spink (2003) também entendem que a Constituição Federal significou um retrocesso burocrático. Os autores apontam que em um momento em que o Brasil precisava de uma reforma na sua administração pública, para torná-la mais eficiente, acabou realizando o inverso, tornando o serviço público ineficiente e caro, separando ainda mais os mercados de trabalho público e privado (PEREIRA; SPINK, 2003).

Já no ano de 1995, a reforma do aparelho do Estado entrou em pauta, mesmo parecendo tímida na campanha presidencial de 1994, não contando com um apoio governamental mais forte. O tema de reforma foi colocado na agenda nacional do ministro Bresser Pereira, que comandava o Ministério da Administração e Reforma do Estado (TORRES, 2004). Mesmo com a criação de tal ministério, a reforma não teve prioridade por parte do Governo FHC (governo da época) e, em 1995, foi apresentado um Plano

Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, com a adoção do modelo gerencial para a Administração Pública brasileira.

Contudo, novamente, não havia um grupo forte de governo para uma pressão maior, tendo como maior êxito, no sentido de reforma, a aprovação da Emenda Constitucional número 19 de 1998, estabelecendo o princípio da eficiência na Administração Pública e possibilitando adotar inúmeras inovações na seara pública. Dentre as principais alterações que se pode observar, estão a reserva de percentual dos chamados cargos em comissão para os servidores de carreira, além de um teto máximo de subsídios aos servidores e o incentivo ao controle social sobre a administração pública, dentre outros (TORRES, 2004).

Por conseguinte, a problemática da moralidade nos atos da Administração Pública – a partir da qual se inicia o debate da improbidade administrativa – tem origem nesses vários acontecimentos e fatos que narram diversas distorções na formação do Estado e sua administração. Anteriormente, os desvios ocorridos de forma disfarçada não eram contestados por parte da sociedade, pois ela não queria contrariar o poder do soberano; contudo, com o passar do tempo e o aperfeiçoamento do Estado, permitiu-se uma maior participação e fiscalização dos seus atos, sendo criados mecanismos de controle e de punição de agentes.

Silva (2005, p. 669) apresenta a probidade como “o dever de o funcionário público servir a administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal”. Ferreira (1994 p. 54), na mesma linha, entende “como ato de improbidade todo e qualquer ato que violente a moralidade pública”. Dessa forma, podemos verificar que um dos grandes enfrentamentos do Brasil é a prática de atos de improbidade por parte de seus agentes, encontrados em todas as esferas do poder. Tal improbidade vinha sendo alimentado pela certeza da impunidade, pois, até recentemente, os cidadãos não possuíam instrumentos eficazes para o combate.

No Brasil, os casos de improbidade administrativa remontam ao período do império, a qual pode ser facilmente encontrada nos escritos da época. Com o passar do tempo e a multiplicação das notícias da corrupção no Brasil, fazia-se necessária a aprova-

ção de uma lei que fosse capaz de impor sanções aos agentes públicos que estivessem envolvidos com esses atos.

Cumprе salientar que até a aprovação da LIA, as leis de 1957 e 1958 ainda estavam em vigor, tratando sobre o enriquecimento ilícito, mas a sociedade buscava mecanismos melhores para a punição desses agentes. A LIA foi criada por determinação em face do artigo 37 §4º da Constituição Federal de 1988, viabilizando a utilização das sanções civis e disciplinares – dependendo de cada conduta –, de maneira a coibir os atos que possam ser de improbidade.

As disposições legais alcançam as pessoas qualificadas no artigo 37, mesmo que em transitoriedade, sendo abrangidos, ainda, aqueles que mesmo não sendo agentes públicos venham a cometer ato de improbidade ou mesmo se beneficiar dele (CARVALHO FILHO, 2017). Então, os sujeitos passivos à LIA seriam: os órgãos da administração direta e indireta; as empresas incorporadas ao patrimônio público, cuja criação ou custeio do Estado concorreu com mais de 50% do patrimônio anual, ou cujo erário concorreu com menos de 50%. Os atos incrimináveis, conforme os artigos 9º, 10º, 10º-A e 11º, são aqueles que importam em enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao erário⁵, qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que é disposto no caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 ou que atente contra os princípios da administração pública. Tais atos, de acordo com Osório (2006), tratam-se de tipos sancionadores abertos, em branco.

Por fim, é importante destacar que, no capítulo V da LIA, tem-se o procedimento administrativo para a apuração dos atos de improbidade administrativa, no âmbito interno, sendo que qualquer pessoa poderá representar a autoridade administrativa para que a investigação seja instaurada. A rejeição da representação não impede uma nova ao Ministério Público, o qual pode instaurar inquérito civil se não tiver elementos suficientes para ajuizar a ação de improbidade. Após a instauração do processo administrativo, a comissão deverá anunciar o fato ao Ministério

5 É o aspecto econômico, ligado ao tesouro, fisco e aos cofres públicos.

Público, ao Tribunal ou ao Conselho de Contas, oferecendo a viabilidade de indicação de representantes para acompanhar esse processo. Comprovada a existência de indícios de responsabilidade, será ajuizada ação cautelar perante o juízo competente (CARVALHO FILHO, 2017).

Ainda, o artigo 12 da LIA dispõe que as cominações das práticas desses atos são independentes, ou seja, podem ensejar a responsabilização, civil e administrativa (GARCIA; ALVES, 2008). Diversos problemas são encontrados na aplicação da LIA, sendo uma norma com preceitos de natureza civil e administrativa, cuja complexidade tem revelado um grande obstáculo para a punição de agentes públicos que promovem o desvio de suas funções. Isso se dá porque o domínio de seu conteúdo e seu alcance, assim como a definição da participação dos sujeitos, pode subsidiar a propositura de procedimentos sem vícios ou imperfeições, tornando mais eficaz a atuação dos que combatem a difusão dos atos de improbidade.

Primeiramente, referente ao ato de enriquecimento ilícito, a legislação é clara ao dispor, no artigo 9º, que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade” (BRASIL 1992). Os atos que se configuram como enriquecimento ilícito constam nos incisos I a XII da LIA, dentre os quais estão: receber, para si ou para outrem, de dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou outra vantagem econômica; “iv: utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º”, ou ainda perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública; “xii: usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º” (BRASIL, 1992).

Então, caracteriza-se como enriquecimento ilícito o acréscimo de bens ao patrimônio daquele agente em detrimento do erário, tendo os seguintes requisitos básicos: a prática ter sido realizada por um agente público; a inexistência de um fundamento que justifique a apropriação e a obtenção de vantagem por

parte desse agente em virtude da sua condição profissional. Ainda não se tem a obrigatoriedade de que o ato tenha causado dano para a Administração Pública, bastando apenas a expectativa de efetivação.

Com relação ao segundo ato ímprobo disposto no artigo 10º Lei de Improbidade Administrativa, são os atos que causam prejuízo ao erário: “[...] qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres [...]”. Os incisos I, II, e III versam sobre atos atinentes ao patrimônio público. Nos incisos IV e V possuem diferença quanto à posição da entidade pública e o particular no contrato. Já no inciso VI, tem-se a questão da realização de operações financeiras sem observância das normas legais. O artigo possui 23 incisos, sendo destacados apenas os com mais relevância (COSTA, 2000).

O terceiro ato ímprobo está relacionado no artigo 10-A da LIA, o qual foi inserido à LIA através da Lei Complementar (LC) 157 de 2016. O referido artigo, de cunho tributário, proíbe o gestor municipal de cometer atos que firam o caput e o §1º do artigo 8º-A da LC 116/2003, sendo que esse dispositivo indica que a alíquota mínima do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN será 2% e que esse imposto não poderá ser objeto de concessão, isenção, benefícios ou incentivos tributários, ou qualquer outra forma de diminuição do valor a ser recolhido. Referente ao quarto ato ímprobo da LIA, no artigo 11º, estão os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, os quais também são referidos no artigo 37 da Constituição Federal.

Por conseguinte, com base na análise realizada pelo sistema do Ministério Público Federal no ano de 2019 sobre os municípios do Rio Grande do Sul que praticaram um dos atos relacionados acima, constatarem-se: 919 processos extrajudiciais e 453 judiciais, localizados, principalmente, na região norte e metropolitana do estado. Ainda, há aqueles em fase judicial, também notadamente situados na região norte e metropolitana do estado, além das demais regiões. O estado do Rio Grande do Sul possui 497 municípios, sendo que, referente aos processos

mencionados, temos municípios com mais de um processo, incorrendo em vários atos ímprobos aqui mencionados.

Como exemplificação, apresentam-se, aqui, dois processos selecionados da região central. Primeiro, será apresentado um processo em fase judicial, referente ao município de Paraíso do Sul. O processo é ajuizado pelo Ministério Público Federal por prática do ato previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/92, com a consequente condenação nas sanções do art. 12, inciso II, também da Lei nº 8.429/92. Subsidiariamente, em caso de improcedência do pedido anterior, a declaração da prática do ato de improbidade do art. 11, com consequente condenação nas sanções do art. 12, inciso III, ambos da Lei nº 8.429/92. Em ambos os casos, requereu-se o ressarcimento integral do dano causado, devidamente atualizado e com aplicação de juros de mora. O segundo caso refere-se ao município de Santa Maria, onde o Ministério Público solicitou a condenação dos demandados – à exceção da União – nas sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92, pelo cometimento dos atos ímprobos capitulados no art. 9º, incisos I, VIII e X, no art. 10, incisos VII, X e XII, e no art. 11, incisos I, II e III do mesmo Digesto.

Esses dois processos, principalmente o último, incorrem na multiplicidade de sanções, tanto na esfera cível quanto na administrativa. A maioria dos processos vistos incorrem principalmente no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Com isso, observa-se que, a busca pela efetividade, por parte dos gestores públicos, deve ser constante, objetivando um desempenho responsável e ético, sendo necessárias estratégias definidas e divulgadas para um melhor atendimento das necessidades da população. Para que isso ocorra, é de grande importância que os atos ímprobos acima descritos não sejam realizados.

A iniciativa da sociedade funciona como um dos meios de controle da probidade mais eficiente e com grande valor na democracia, pois somente com a ação dos cidadãos é que eles passam a ser destinatários de direitos, garantias e participantes do Estado. Esse “poder” concedido está relacionado com os demais órgãos (o Legislativo e o Executivo) tendo em vista é que a partir de seus questionamentos que serão movidos os esforços em favor de uma administração mais transparente, honesta e eficiente. A participação e a ação vieram como princípios consti-

tucionais em 1988, sobre o que Benevides (2009) entende que “a introdução do princípio da participação popular no governo da coisa pública é, sem dúvida, um remédio contra aquela arraigada tradição oligárquica e patrimonialista”.

Ainda, o Estado deve fortalecer os mecanismos de prevenção e combate aos atos ímprobos e corruptivos, sendo a transparência dos atos um grande passo para esse fim. Isso porque ela permite o controle social de forma mais eficaz, constituindo-se como um mecanismo de capacitação da sociedade e fortalecimento da gestão pública. Nesse mesmo sentido, atualmente, a gestão pública e o controle da atividade devem envolver a cidadania e a participação dos cidadãos (BENEVIDES, 2009). Talvez até poderíamos pensar que o voto seria o ponto de maior relevância para a participação de controle da corrupção brasileira; contudo, ele é pouco eficiente, em virtude de razões que aqui não serão estudadas.

O controle social tem como finalidade o aproveitamento das regras elaboradas previamente, a fim de colocar o Estado em uma posição submissa ao sujeito controlador de seus atos (SECCHIN, 2008). Um de seus propósitos também está em verificar se as decisões estatais estão na forma como foi acordado e se as práticas estão sendo devidamente desenvolvidas, sendo possível assim dizer que o controle social atua como uma forma de prevenção da corrupção.

Assim, uma sociedade mais participativa e consciente da atuação de seus representados desempenha o exercício da democracia, em que fraudes e atos ímprobos encontram oportunidades para a propagação nos ambientes em que a gestão pública pode esconder informações por entender que elas não são para o acesso de todos. Ainda, merece destaque a menção da Lei de Acesso à Informação, que traz diversas opções aos cidadãos na busca de informações de seu interesse (LEAL, 2009).

Por conseguinte, o controle social apresenta-se como um mecanismo de controle externo dos atos praticados por agentes políticos, em que os cidadãos podem promover reivindicações em prol de uma administração pública mais eficiente e honesta. Assim, uma das ferramentas que facilitam o controle social é a transparência realizada pelos municípios, estados e União,

oportunizando que os cidadãos tomem conhecimento dos atos praticados pelos agentes públicos, podendo colaborar com a gestão pública.

Em função da transparência, que sempre deve estar atrelada à gestão pública, as informações devem ser cada vez mais sofisticadas e precisas sobre as atividades públicas e os resultados econômicos e sociais alcançados. Na definição da transparência, são observadas algumas características em relação à informação completa e de qualidade na compreensão dos canais abertos de comunicação. Conforme Vishwanath e Kaufmann (1999), a transparência trabalha com o acesso, a abrangência, a confiabilidade e a qualidade, sendo que uma informação parcial não consegue dar a devida transparência, existindo, assim, uma lacuna que impede que os interessados tenham acesso ao conteúdo para a análise dos fatos e atos administrativos.

Como foram verificados dois processos de improbidade administrativa relativos aos municípios de Paraíso do Sul e Santa Maria, observando-se que um dos meios de controle para esses atos é o controle social e que uma das ferramentas para o auxílio desse controle é a transparência oportunizada pelo município, verifica-se o quão são transparentes as informações dessas duas cidades, conforme o Projeto Ranking Nacional dos Portais da Transparência, realizado pelo Ministério Público Federal. Na primeira avaliação, o município de Santa Maria recebeu nota 7,3, sendo que na segunda avaliação possui nota 10. Paraíso do Sul, na primeira avaliação possui nota 5,7 e, na segunda, 7,3.

Cumpra salientar que os processos relacionados aos dois municípios são dos anos de 2012 e 2013, respectivamente, e que a transparência dos atos feita por essas administrações está crescendo consideravelmente, ao passo que diminuem o número de casos, principalmente na maior cidade, Santa Maria, com mais de 200 mil habitantes, sem a existência de outro caso, como é o que ocorre na cidade de Paraíso do Sul, com mais de 7 mil habitantes.

Referente ao relatório feito pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCU-RS)⁶, a cidade de Paraíso do Sul, em 2015, não havia atendido requisitos que deveriam conter em

6 http://portal.tce.rs.gov.br/docs/transparencia_2015/relatorio_premio_boas_praticas_2015.pdf

seus sites, como o pedido de informações sobre licitações e contratos, sendo atendido somente a requisito da apresentação das despesas do município. Já o município de Santa Maria atendeu a todos os requisitos pesquisados pelo TCU-RS.

Ainda, no estudo realizado pelo Ministério Público Federal, 20 cidades do estado ficaram com a nota máxima em transparência, atendendo aos 16 quesitos formulados. Verifica-se que a transparência é uma ferramenta que pode ser utilizada para a facilitação do controle social, pois a confiança da informação resulta na realidade vivida pela administração e proporciona uma segurança ao cidadão. Através das divulgações, como sustenta Welch e Hinnant (2003), a confiança das informações é uma medida para a construção da transparência.

Do exposto ao longo deste texto, cuja problemática de pesquisa era verificar se os municípios gaúchos que possuem registro de improbidade administrativa no ano de 2019 (tomando como exemplo os municípios de Santa Maria e Paraíso do Sul) dispõem de dados acessíveis sobre sua gestão, oportunizando a transparência de seus atos. A pergunta de pesquisa ficou respondida, pois com a observação dos estudos feitos pelo Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se que suas notas aumentaram consideravelmente frente aos quesitos elaborados.

Obviamente, somente a transparência não solucionará todos os problemas, mas ela contribui de forma direta como uma ferramenta para o controle social, que, como visto, é um mecanismo de controle externo para os atos de improbidade administrativa, além de outros que não foram objeto deste estudo. Como visto, o Rio Grande do Sul possui vários casos de atos ímprobos cometidos pelos agentes da administração pública, incorrendo nos artigos 10º, 11º e 12º da Lei de Improbidade Administrativa.

Além disso, no Brasil, os casos de improbidade administrativa vêm desde o período do império e, com o passar do tempo e a multiplicação das notícias que envolviam tais atos, a população reclamava por um mecanismo que fosse capaz de impor sanções aos agentes públicos que estivessem envolvidos com tais atos. Surge, então, após as leis dos anos 1957 e 1958, a Lei 8.429/92. As fundamentações e razões apresentadas levam à conclusão

de que a LIA é um instrumento de busca da moralidade administrativa, assim como de combate à corrupção, pois aborda os pressupostos necessários para a responsabilização dos agentes e terceiros pelos seus atos ímprobos praticados.

A importância da transparência e do controle social, assim como da busca pela efetividade por parte dos gestores públicos, deve ser constante, com a finalidade de se atingir um desempenho responsável, sendo necessárias essas estratégias para o melhor atendimento das necessidades dos cidadãos, e não dos agentes da administração.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BENEVIDES, Maria Victória. A democratização do Estado Brasileiro e a Expectativa do Protagonismo dos Usuários da Política de Assistência Social nos Conselhos. Dissertação de mestrado em Serviço Social – Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade administrativa: prazos extintivos. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos no Exercício da Função. São Paulo: Edipro, 1994.

FILHO, Oswaldo Othin de Pontes Saraiva. O princípio da moralidade na administração pública. Revista Senado Federal. Brasília, out/dez. 1996.

LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços público no Brasil como condição de sua possibilidade. In: Anuário de la Faculdade de Dereito de Corunã. v13, 2009.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. Improbidade administrativa. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 880, 30 nov. 2005.

MIRANDA, Maria Bernadete. Princípios Constitucionais do Direito Administrativo. Revista Virtual Direito Brasil. São Paulo, n° 2, jun/dez, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser e SPINK, Peter. Reforma e Administração Pública Gerencial. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04.pdf> Acesso em: 22 de abr. 2017.

SECCHIN, Lenise Barcellos de Mello. Controle social: transparência das políticas públicas e fomento ao exercício da cidadania. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/revista/arquivos/5edicao.pdf>. Acesso em 27 de abr. 2017

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

TORRES, Marcelo Douglas Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

VISHWANATH, Tara and KAUFMANN, Daniel .Towards Transparency in Finance and Governance. Draft: The World Bank, 1999.

WELCH, Eric W.; HINNANT, Charles C. Internet. Use, Transparency, and Interactivity Effects on Trust in Government. In: SYSTEM SCIENCES PROCEEDINGS OF THE ANNUAL HAWAII

Os direitos dos desiguais e desconectados: um olhar para a cidadania dos movimentos migratórios

The rights of unequal and disconnected: a look at the citizenship of migratory movements

Taylor da Rosa Alves¹
Luiza Beskow Pelegrini²

Problema

Quais são os desafios e as perspectivas para a problemática da (in)eficácia dos direitos humanos e da cidadania dos imigrantes no Brasil?

Hipótese

A globalização reflete os problemas relacionados às mudanças econômicas, culturais e sociais, trazendo à tona novos problemas em convívio com antigos. Muitos são os desafios que os países vêm enfrentando: imigração ilegal, forma de integração, provisão de direitos e garantias individuais e sociais e, ainda, o desafio de integrar esses imigrantes a uma sociedade que, muitas vezes, reage com suspeita e hostilidade diante de deslocamentos, circulações, migrações, imigrações, entre outros. No contexto atual dos Estados globalizados, a tecnologia do imediatismo é, simultaneamente, o relógio, o conceito de tempo e

1 Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - a FMP. Membro do Grupo de pesquisa Direito, decolonialidade e estudos subalternos da FMP-RS, coordenado pela professora Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Membro do Grupo de pesquisa Direito, decolonialidade e estudos subalternos da FMP-RS, coordenado pela professora Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

espaço e o poder. Ela descaracteriza territórios, degrada o meio ambiente, descaracteriza identidades e destrói pilares. Restam princípios que podem ser reconstruídos, a exemplo do poder, do tempo e espaço, da justiça, da economia, dos recursos naturais e culturais e da força.

Nesse sentido, vive-se em um mundo de opulência sem precedentes, de um tipo que seria até difícil imaginar em um ou dois séculos atrás. Tem havido mudanças notáveis para além da esfera econômica. O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo como modelo preeminente de organização política. Atualmente, os conceitos de direitos humanos e liberdade política são parte de uma retórica prevaiente. As relações entre as diferentes regiões do globo estão mais estreitamente ligadas do que jamais estiveram. Entretanto, vivemos, igualmente, em mundo de privação, destituição, discriminação e opressão extraordinária. Existem problemas novos convivendo com problemas antigos. Diante da realidade que nos cerca, tudo fica em segundo plano na situação conjuntural, mas permanece uma situação institucional, estrutural e social - a questão da igualdade, da discriminação, da intolerância, da pobreza e de todas as formas de desigualdades praticadas contra os grupos vulneráveis. Segundo Schwarz (2009, p. 2), o crescente fluxo de imigrantes lançou uma série de desafios para os países, inclusive em relação à questão das fronteiras, da imigração ilegal, da forma de integração dos imigrantes às sociedades nacionais e da provisão de direitos e garantias individuais e sociais. Por outro lado, os imigrantes enfrentam o desafio de se integrarem a uma sociedade que, muitas vezes, reage com suspeita e hostilidade diante da sua chegada. Por não serem cidadãos nacionais, gozam de menos direitos do que a população nativa, sendo frequentemente explorados e discriminados, inclusive na esfera trabalhista: exclusões ou preferências de acordo com o tipo de emprego que podem ou não podem ocupar, desigualdades salariais, proibição do exercício de atividades sindicais, etc. Quanto aos imigrantes irregulares, frequentemente são detidos e deportados em condições que violam as normas mais elementares. Para Schwarz (2009, p. 3), o fenômeno da imigração passou a ocupar, a partir dos últimos anos do século XX, um lugar central nos debates po-

líticos nas sociedades capitalistas centrais, sendo desvelada uma convergência cada vez mais intensa entre as políticas de imigração e de nacionalidade e as políticas econômicas, equação cada vez mais impactada pelo inexorável processo de globalização. As políticas de imigração e de nacionalidade têm, pois, uma relação que pode ser descrita como dialética e cada vez mais intensa com as políticas econômicas, como se pode verificar a partir da história recente do desenvolvimento dos fluxos migratórios e, em especial, a partir das restrições impostas a imigrações pelos países a partir das últimas décadas três do século XX, com as crises dos paradigmas que haviam garantido a bonança do crescimento econômico nos anos após a Segunda Guerra.

Evidentemente, é um tema permanente, principalmente quando essas privações (ou desrespeito ao indivíduo) podem ser encontradas sob uma ou outra forma tanto em países ricos como em países pobres. Superar esses problemas é um aspecto central do processo de desenvolvimento. O que se pretende demonstrar é que precisamos reconhecer o papel das diferentes formas de liberdade e identidades no combate a esses males (SEN, 2000). Convenhamos que algo mudou, mas a mudança está muito longe daquilo que pretendemos em relação às minorias e grupos vulneráveis: as mudanças almejadas não são apenas numéricas, mas são de direito, e isso é muito grave. O direito não soluciona o preconceito de maneira permanente, ou seja, ele é impotente para acabar de vez com o preconceito contra as mulheres, os negros, os índios, os ciganos, os obesos, os presidiários, os homossexuais, os, migrantes, etc.

Certo é que a luta contra todas as manifestações de preconceito não se faz isoladamente. Quando você se solidariza com os outros e a voz de reação contra a discriminação cresce, quem discriminou volta atrás em um minuto, porque ninguém tem coragem de dizer que discrimina. Certamente, as próximas gerações não passarão por isso. A realidade social brasileira e fronteiriça almeja ser plural e complexa.

Os grupos vulneráveis sobre os quais este estudo se debruça (migrantes/imigrantes) compõem o mosaico social dessa realidade e se configuram como sociedades culturais, sendo vistos como cidadãos sem rumo e com tratamento diferenciado

quando comparados à sociedade nacional hegemônica. Enxergá-los e reconhecê-los efetivamente constitui o desafio para Estado na contemporaneidade, como forma de realizar justiça social, uma vez que essas sociedades/grupos se diferenciam substancialmente do padrão moderno de Estado, de desenvolvimento e de direito.

No contexto atual dos Estados globalizados, a tecnologia do imediatismo é, simultaneamente, o relógio, o conceito de tempo, de espaço e o poder. Descaracteriza territórios, degrada o meio ambiente, descaracteriza identidades e destrói pilares. Restam princípios que se podem reconstruir, e, com eles, o poder, o tempo e o espaço, a justiça, a economia, os recursos naturais e culturais e a força.

Após a modernidade favorecer a correspondência entre os indivíduos e as instituições, afirmando o valor universal da concepção racionalista do mundo, um fluxo de mudanças dá lugar a certo pessimismo e a muitas dúvidas quanto aos novos rumos que conduzirão e definirão a vida social, política, cultural e econômica.

Resultados

Assim, o desenvolvimento de uma cultura que promova relações sociais de tolerância mútua, hospitalidade e solidariedade é imprescindível para que os resultados de acordos internacionais não signifiquem apenas uma exigência jurídica, mas sim um compromisso social humanitário assumido entre um povo e outro, mesmo em países como o Brasil e sua tríplice fronteira. Esse compromisso precisa se concretizar com a efetivação de políticas sociais que assegurem o mínimo para o atendimento das necessidades humanas básicas, com a sua aceitação cultural e com a garantia do acesso igualitário aos recursos naturais. Ademais, cabe ao Direito Internacional compensar os recursos quando houver comprovação da responsabilidade de um Estado na causa que tenha provocado o deslocamento, principalmente quando os afetados forem de países economicamente vulneráveis.

A "obrigação planetária" pressupõe compreender e assumir a responsabilidade para com o outro, fundada no princípio

da “hospitalidade universal”, seja pela via do compromisso de um Estado com outro, ou mesmo de uma comunidade com pessoas migrantes. Muitas situações decorrentes dos deslocamentos levarão indivíduos de nacionalidades, culturas e crenças diferentes a conviver nos mesmos ambientes. Isso exigirá, de ambas as partes, um certo grau de tolerância e um grau muito maior de solidariedade, uma vez que, como ensina Baumann, a tolerância, em alguns certos casos, pode significar “a mera indiferença e a despreocupação que resultam da resignação” (1999, p. 248).

A aceitação da alteridade requer a compreensão de que, apesar dos limites geográficos que separam uma nação da outra, a humanidade coabita um único planeta, pelo qual todos são responsáveis. Essa é a mensagem transmitida pelo autor, quando afirma que sua “ligação com o estranho é revelada como responsabilidade, não apenas como neutralidade indiferente ou mesmo aceitação cognitiva da similaridade de condição [...]. É revelada, em outras palavras, como comunidade de destino, não mera semelhança de fato” (BAUMAN, 1999, p. 249).

Nesse sentido, como resultado, observa-se a necessidade de se pensar:

- O direito, nesse sentido, será fundamental.
- As saídas apontadas exigirão a formação de um complexo sistema jurídico internacional.
- O reajuste, em algumas questões, do próprio direito interno.
- Acordos regionais ou globais que reconheçam essas pessoas enquanto grupos vulneráveis.
- Atribuição de responsabilidades aos Estados em oferecer-lhes proteção.

Ademais, é preciso pensar sobre:

- Questões que envolvem os fundamentos da sociedade, os valores culturais, os princípios morais e éticos que orientam os relacionamentos entre cidadãos, grupos sociais, comunidades e países precisam ser discutidos, até mesmo porque as migrações, por diversas causas, compreendem prováveis situações de integração muito diferentes daquelas vistas até os dias atuais.

- Não é de hoje que a sociedade convive com fluxos intensos de movimentos populacionais, os quais, em sua maioria, relacionavam-se a migrações motivadas por questões econômicas, perseguições políticas e conflitos armados.

Sentimentos como tolerância mútua, hospitalidade e solidariedade são, nesse sentido, imprescindíveis para que os resultados não signifiquem apenas uma exigência jurídica: **é indispensável um compromisso social humanitário assumido entre um povo e outro.** Tal compromisso, necessita de: a) concretização da efetivação de políticas sociais que assegurem o mínimo necessário para o atendimento das necessidades humanas básicas; b) aceitação cultural; c) garantia do acesso igualitário aos recursos naturais; d) responsabilidade dos países; e) um direito interno, principalmente dos chamados países receptores, voltado às políticas sociais que possibilitem o acesso dos migrantes aos chamados direitos sociais (trabalho, saúde, educação, moradia, etc); e f) direitos básicos, a fim de que os migrantes consigam viver com dignidade. Faz-se necessária a implementação de instrumentos que se dediquem a estabelecer ferramentas para proteger os direitos humanos fundamentais e o desenvolvimento econômico dos povos que forem atingidos de alguma forma, almejando-se uma sociedade que garanta mais dignidade a esta e às futuras gerações.

Referências

AYALA, Patrick de Araújo. O direito ambiental das mudanças climáticas: mínimo existencial ecológico, e proibição de retrocesso na ordem constitucional brasileira. In. BENJAMIN, Antonio Herman; IRIGARAY, Carlos Teodora. (Orgs.). Florestas, mudanças climáticas e serviços ecológicos. Vol. II. São Paulo: Instituto por um planeta verde. 2010.

BALLER, Leandro. Cultura, identidade e Fronteira: Transitoriedade Brasil/Paraguai (1980-2005). Dissertação de Mestrado (2008). Disponível em: www.ufgd.com.br/mestrado em historia. Data do acesso: 15 de dezembro de 2011.

BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. RJ: Zahar Editor, 2007.

CANOTILHO, J. Joaquim Gomes. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. In: **Revista Direito em Debate**, n. 5. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 1995.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1999.

BENHABIB, Seyla. **Los derechos de los otros**. Extranjeros, residentes y ciudadanos. Barcelona: Gedisa, 2004.

BEDIN, Gilmar Antonio. Estado de Direito e seus Quatro Grandes Desafios na América Latina na Atualidade: uma leitura a partir da realidade brasileira. In **Revista Sequência**, n. 61, p. 171-194, dez. 2010. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BOFF, Leonardo. **Do Iceberg à arca de Noé**. O nascimento da ética planetária. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

BORGES FILHO, Oziris. A questão da fronteira na construção do espaço da obra literária. In. TRICEVERSA, Revista do Centro Ítalo-Luso-Brasileiro de Estudos Lingüísticos e Culturais, v.2, n.1, maio-out. Assis/SP, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. (Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público)

COURNIL, Christel; MAZZEGA, Pierre. Réflexions prospectives sur une protection juridique des réfugiés écologiques. In: Revue Européenne des Migrations Internationales. n. 1, 2008.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS, 2010. Disponível em www.refunet.Brasil.Org.br. Data de acesso: 19 de abril de 2010.

JESUS, Tiago S. Um novo desafio ao direito: deslocados/migrantes ambientais. reconhecimento, proteção e solidariedade. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Mimeo. 2010.

LUCAS, Douglas. **Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2010.

MALTA, Fernando Ferraz. A situação dos refugiados ambientais na América Latina. In. *Mundorama*. Divulgação científica em relações internacionais. Disponível em: www.mundorama.net. Data de acesso: 20 de agosto de 2010

MALTEZ, José Adelino. O estado acima do cidadão, o homem acima do Estado: Uma perspectiva da teoria política. Tópicos para uma audição na Comissão de Revisão Constitucional. 2011 Disponível em: www.Maltez.info. Data de acesso: 12 de dezembro de 2011.

OSORIO, Helen. Et alli (Orgs). "**Espaço Platino: Fronteira Colonial no século XVIII**" In: **Práticas de Integração nas Fronteiras: temas para o Mercosul**. Porto Alegre: EdUFRGS, Instituto Goethe/ICBA, 1995.

KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.

PESAVENTO, Sandra J. Além das fronteiras. In. MARTINS, Maria Helena (org.). *Fronteiras culturais Brasil, Uruguai, Argentina*. Porto Alegre: Atelie Editorial, 2002.

PEREIRA, Mariana Cunha. Reconstruções identitárias em sociedades plurais: os povos de fronteira Brasil/Guiana. **Revista reflexão e ação**, 2010. V.18, n. 1. Santa Cruz Do Sul: Edunisc, 2010.

REIS, Rossana Rocha. **Políticas de imigração na França e nos Estados Unidos**. São Paulo : Hucitec, 2007.

SAID, Edward W. **Orientalismo: o oriente como invenção do Ocidente**. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: companhia das Letras, 2003.

SCHWARZ, R. G. Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI. In. **Revista Jurídica Consulex**, n. 312. Brasília: Editora Consulex, 2009.

SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios das políticas sociais para a América Latina. Disponível em: www.schwartzman.org.br/simon/polsoc.pdf. Data do acesso: 25 de agosto de 2010.

SILVA, Vini Rabassa da; PRATES, Jane Cruz. Migrações internacionais e a realidade brasileira: concepções e desafios. In. SILVA, Vini

Rabassa da; MEDEIROS, Mara Rosange Acosta.(Org.). **Migrações internacionais, políticas públicas e cidadania**. Pelotas: Educat, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ZAOUAL, Hassan. **Globalização e diversidade cultural**. São Paulo: Cortez, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

TOURAINÉ, Alain. **Poderemos viver juntos?** Iguais e diferentes. Tradução de Jaime A. Clasen e Ephairaim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

Confluências entre democracia representativa e um cenário de descrença nas instituições

Confluences between representative democracy and a scenario of belief in institutions

Ana Paula Cordeiro Krug¹

O presente trabalho tem como intuito principal examinar as relações entre a crise de representatividade e o descrédito nas instituições democráticas, buscando uma resposta à seguinte problematização: à luz do Estado Democrático de Direito, quais os principais enfrentamentos de uma democracia representativa em um cenário de desconfiança nas instituições?

Em relação à metodologia, elegeu-se o método de abordagem dedutivo; quanto ao método de procedimento, selecionou-se o monográfico. Já as técnicas de pesquisa estarão resumidas à pesquisa bibliográfica em livros, revistas, periódicos e ao processo de visitação no site *Latinobarómetro Opinión Pública Latinoamericana*.

A hipótese do estudo é no sentido de que se necessita de uma interligação de esforços por parte do Estado, uma vez que, quando as necessidades sociais não são atendidas e quando há fatores como a corrupção em evidência, afeta-se diretamente a representatividade e a legitimidade do regime democrático, assim como a credibilidade das instituições.

1 Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de Constitucionalismo Contemporâneo. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre a sociedade de riscos e democracia radical: a formatação de políticas públicas a partir de decisões, coordenado pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal. Assessora do Ministério Público – Promotoria de Santa Cruz do Sul. Professora do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto de Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: anapkrug@hotmail.com

A justificativa da pesquisa se dá pelo fato de que, com as transformações da democracia e com o surgimento mais corriqueiro de informações sobre atos corruptivos nos cenários públicos e privados, tem-se como efeito o distanciamento do cidadão da esfera pública, gerando um sentimento de falta de representatividade e legitimidade. Associado a isso, há a desconfiança e o descrédito na própria democracia e nas instituições democráticas. Para tanto, foram utilizados como orientação os dados do último relatório disponibilizado pela pesquisa de opinião pública da ONG Latinobarômetro.

É como decurso de anseios passados e com escopo de enfrentar arbitrariedades de modelos precedentes que o Estado Democrático de Direito se ergue, sendo que no século XX o movimento democrático ganha mais força (LIPSON, 1966). Em que pese, a democracia representativa consiste no modelo em que o poder é exercido por representantes do povo, os quais têm como desígnio buscar garantir os interesses sociais (BONAVIDES, 2001). Ainda, ela tem como indicativos o distanciamento do cidadão da esfera pública.

Aliado a isso, crises de representatividade, legitimidade e descrença nas instituições marcam Estados Democráticos Modernos, o que inclui o Brasil. Essas crises ocorrem porque o Estado tem como justificativa suprir as necessidades sociais, mas no momento em que essas demandas não são atendidas, propicia-se o distanciamento em relação à sociedade.

Quando os representantes da vontade do povo se desvirtuam de suas funções, não atendem às resoluções de problemas econômicos e sociais que afetam a população, não zelam pelos interesses gerais da sociedade e/ou se envolvem com práticas corruptivas, um dos efeitos é o desprendimento aos valores democráticos, como demonstrado pelo *Informe Latinobarómetro* de 2018², no qual o Brasil atinge nível de 41% de indiferença ao regime democrático.

Após superação do período ditatorial, a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou o maior período de

2 Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>, acesso em 08 de agosto de 2019. p. 17 e 37.

mocrático do país, o que não é sinônimo de desenvolvimento econômico e justiça social, pois a democracia não equivale absolutamente à forma mais eficiente para tal finalidade (BRESSER PEREIRA, 1989). A corrupção, percebida como patologia divergente dos princípios democráticos, não pode ser analisada de forma isolada, mas sim diante de um contexto histórico-social, assim como deve ser averiguada em consonância com o cenário em que está introduzida (NASCIMENTO, 2014)

Leal (2013) doutrina que a corrupção não se revela como uma forma delimitada, apresentando-se como fenômeno, em face de suas variadas facetas, interligando-se com diferentes áreas do conhecimento, como filosofia, ciência política e economia. Destaca-se o fato de que a redemocratização, a promulgação da Carta Política de 1988 e a globalização são fatores de facilitam o conhecimento sobre atos corruptivos, até em razão da facilidade de acesso às informações.

Isso não significa dizer que a corrupção aumentou. Não se pode anunciar, com firmeza, que há mais corrupção atualmente, pois esse fenômeno sempre teve como característica uma preocupação com um mecanismo de ocultação, sendo-lhe particular o segredo e a simulação, pois tem implicação negativa.

Por conseguinte, aqueles que são comprometidos com fenômenos corruptivos, seja pessoa física ou jurídica, agem com interesses contrários ao sistema ético, moral e jurídico da sociedade, atingindo, conseqüentemente, as instituições democráticas. Aliado à corrupção estabelecida nas instituições, está a tolerância social, a qual alimenta culturas criminosas, causando múltiplos danos ao Estado, *deficits* democráticos, assim como afeta o mercado no que se refere ao desenvolvimento social. (LEAL, 2017)

A desconfiança se vincula à descrença em algo ou alguém. O cientista político José Álvaro Moisés, conhecedor da temática, ensina que as instituições públicas se ocupam de pelo menos duas funções complementares na democracia: "a primeira envolve a distribuição do poder de tomar decisões que afetam a coletividade; a segunda assegura a participação dos cidadãos na avaliação e no julgamento que fundamenta o processo de tomada dessas decisões" (MOISÉS, 2005, p. 35). Dessa leitura, constata-se que a descrença política dos cidadãos nas institui-

ções se dá em virtude do não desempenho dessas funções que são próprias desses órgãos, já que, ao fim e ao cabo, revela-se como forma que o cidadão detém para garantir seu direito de cidadania.

Nas palavras de Jaguaribe (1992, p. 202), “um sistema público se justifica em função de pretender, nas condições de cada sociedade e de cada momento histórico, proporcionar uma ordenação pública e uma atuação administrativa que otimizem os interesses sociais prevaletentes”. O autor evidencia que o ideal de princípio democrático é o único regime que permite legitimidade ao sistema público, sendo que a redemocratização corrobora com essa alegação.

Moisés (2010) alerta que sociedades menos desenvolvidas não diferem pagamentos legítimos dos ilegais em um cenário de relações entre público e privado, o que o autor entende que incentiva a tolerância social, oportunizando, com mais frequência, práticas corruptivas, a exemplo da América Latina, na qual engloba o Brasil. Contudo, Moisés também enfatiza que, seja qual for o nível de desenvolvimento do país, condutas corruptivas atingem boa parcela de nações democráticas.

Regularmente, temas como democracia – e, em especial, corrupção – são aferidos em índices que medem sua percepção pela população. Aqui, toma-se o cuidado de reconhecer a importância dessas pesquisas, sem esquecer que os dados indicam “percepção” e não ensejam exame esclarecido dos mecanismos internos aplicados (AVRITZER, 2012).

A corrupção, como fenômeno social, complexo e global que é, perpassa as relações privadas, públicas e ainda público-privadas; no entanto, a corrupção perpetrada na política e na administração pública vão se revelar como as mais prejudiciais no Brasil. Ressalta-se que um dos principais itens que dificultam o enfrentamento à corrupção é a cultura da impunidade ainda arraigada no país (LEAL, 2013).

Frente às fragilidades institucionais, no caso do Brasil, a quebra de confiança se agrava porque a confusão entre as esferas pública e privada sempre esteve presente, a começar pela formação histórica do país, ou seja, desde o advento da família

real no ano de 1808, quando o Estado brasileiro e a Coroa eram indivisíveis (GARCIA, 2013). Ademais, há o fato de que o país foi sendo tomado por corporações (muitas delas criminosas) e partidos que não representam a sociedade civil. Nesse cenário, a descrença nas instituições democráticas vai ter uma importância significativa.

Como parâmetro para o desenvolvimento deste estudo, foram utilizados os índices da ONG Latinobarômetro – Informe 2018, de Santiago/Chile, no qual foram aplicadas 20.204 entrevistas presenciais em 18 países, no período de 15 de junho e 02 de agosto de 2018.³ Cabe salientar que, na pesquisa, foram enquadradas amostras representativas da população nacional de cada país, sendo que o Brasil contou com 1.204 entrevistados maiores de 16 anos de idade. Ainda, a margem máxima de erro estimada equivale a 2,8%, o que representa um coeficiente de 95% de confiança da pesquisa, segundo informe metodológico do relatório⁴.

Verificando os dados do Relatório de 2018 da ONG Latinobarômetro, tem-se que, no Brasil, as quatro instituições com maior grau de confiabilidade consistem na Igreja (73%), nas Forças Armadas (58%), na Polícia (47%) e no Poder Judiciário (33%), nessa ordem. Ao passo que, em último lugar, no mesmo quesito, encontram-se os partidos políticos (6%)⁵. Na percepção da população brasileira, a corrupção encontra lugar de destaque, perdendo apenas para a saúde, ocupando o segundo lugar entre os principais problemas do país, o que corrobora a hipótese de que os atos corruptivos fragilizam a confiança nas instituições⁶.

No que se refere aos quesitos “confiança no governo” e “para quem se governa”, o Brasil atingiu singelos 7%, ficando em último colocado de todos países latino-americanos pesquisados⁷. Da análise dos dados da pesquisa, verificou-se que os brasileiros demonstram indiferença ao regime democrático, bem ainda não

3 Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>, acesso em 08 de agosto de 2019. p. 03.

4 Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latContents.jsp>>, acesso em 08 de agosto de 2019, p. 56.

5 Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>, acesso em 08 de agosto de 2019. p. 55.

6 Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>, acesso em 08 de agosto de 2019. p. 59 e 61.

7 In <<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>, acesso em 08 de agosto de 2019. p. 40 e 54.

confiam no governo e detêm entendimento de que não se governa para o bem de todo o povo.

Nesse sentido, evidencia-se que quando as instituições não cumprem seu papel, acrescido da falta de percepção entre as esferas público-privadas, condutas corruptivas, tolerância social e cultura da impunidade são elementos que vão alimentando um contexto de desconfiança, gerando crises de representatividade e de legitimidade e, conseqüentemente, *déficits* democráticos inestimáveis que vão refletir até mesmo no próprio regime democrático como objeto de questionamento.

Com efeito, e respondendo ao problema proposto sem esgotar as possibilidades acerca da temática, os principais enfrentamentos de uma democracia representativa em um cenário de desconfiança nas instituições se denota na necessidade de uma maior atuação da sociedade, da conscientização política, do desempenho dos representantes políticos e de legislações mais adequadas para enfrentamento de riscos e perigos contemporâneos. Ainda, importa ressaltar que o Estado, como espaço de representação e prestação, deve disponibilizar mecanismos de interligação e de responsabilização nos casos de práticas corruptivas, pois onde não há responsabilização não há confiança.

Referências

AVRITZER, Leonardo (org) *Corrupção: ensaios e críticas*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Ideologias econômicas e democracia no Brasil, 1989**. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141989000200004>>. Acesso em 06 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 7. Ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

JAGUARIBE, Hélio (org). **Sociedade, Estado e partidos na atualidade brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

LEAL, Rogério Gesta. **Corrupção, democracia e mercado**: horizontes turvos. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Curitiba: 2017.

_____. **Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 80-82.

LIPSON, Leslie. A civilização democrática. Tradução de: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.

MOISÉS, José Alvaro. **A corrupção afeta a qualidade da democracia?** Disponível

em:<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3160/2010_moises_corrupcao_afeta_qualidade.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 30 jul. 2019.

_____. **A desconfiança nas instituições democráticas**. Opinião Pública. Campinas: 2005. Disponível em<<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641198/870>

6>. Acesso em 30 jul. 2019.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. **O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção**. In. Lei Anticorrupção Empresarial - Aspectos Críticos À Lei Nº 12.846/2013. São Paulo: Fórum, 2014.

Site

<<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>. Acesso em 08 ago. 2019.

Uma análise da (não) aplicação do Princípio da Precaução no Direito Ambiental Internacional

An analysis of the (non) application of the precautionary principle in international environmental law

Rafaela Caobelli Oliveira¹

Orientadora: Prof. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

I - Introdução

A presente pesquisa pretende analisar, do ponto de vista do direito ambiental internacional, a aplicação ou não do princípio da precaução. A proteção do meio ambiente não faz parte da cultura e do instinto humano. Ao contrário, a natureza sempre foi o grande desafio do homem que, desde a Antiguidade, busca se desenvolver cada vez mais. Essas características fizeram com que, ao longo do tempo, o ser humano dominasse a natureza sem se preocupar com os danos que causava.

Somente na segunda metade do século XX, os efeitos do uso dos recursos naturais sem os cuidados necessários demonstraram que era preciso adotar medidas de prevenção para não comprometer o desenvolvimento das gerações futuras. O princípio da precaução serve para colaborar com a proteção ambiental. Geralmente, a precaução é definida como a restrição de ações, apesar da incerteza da ocorrência de dano futuro, devendo ser pensada em vista de riscos incertos.

¹ Bacharelada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mobilidade acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2017/2. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Estado, mercado e sociedade: equações de equilíbrio, coordenado pela Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. E-mail: rafaela_caobelli@yahoo.com.br.

Entretanto, em virtude das várias definições encontradas e da ausência de aplicabilidade nos tribunais internacionais, o princípio da precaução acaba por ser contestável. Diante desse aspecto, é preciso um olhar minucioso para examinar a precaução, a fim de identificar se ela realmente possui todos os requisitos para ser considerada um princípio de direito ambiental internacional.

II – Objetivos

O objetivo central do trabalho é investigar se o princípio de precaução pode, de fato, ser considerado um princípio do direito ambiental internacional, bem como demonstrar a insegurança jurídica oriunda da precaução. A ponderação acerca do encaixe da precaução na exploração, em suas variadas definições, contribui para uma reflexão profunda sobre o tema.

Do mesmo modo, reputa-se necessária a análise jurisprudencial da Corte Internacional de Justiça, mais especificamente, do Caso Gabcíkovo-Nagymaros Project, que versa sobre o conflito entre a Tchecoslováquia e Hungria.

III – Metodologia

No que se refere à metodologia adotada, optou-se pelo método analítico, em razão da necessidade de desconstruir o princípio da precaução ambiental no âmbito internacional. A desconstrução mostra-se imprescindível para revelar a (in)aplicabilidade da precaução internacionalmente.

Ademais, o estudo desenvolveu-se a partir da abordagem qualitativa, com caráter exploratório, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, com consulta em doutrina e jurisprudência, contemplando também artigos jurídicos, revistas jurídicas e normas internacionais.

IV – Fundamentação Teórica

Os princípios podem, através da prática reiterada – quer em convenções, quer em sentenças de julgados nos tribunais internacionais –, atingir o nível mais alto do direito internacional.

Um princípio só passa a ser *hard law* quando for assimilado por uma norma costumeira ou se estiver sendo aplicado reiteradamente pelos Tribunais Internacionais.

Contudo, há princípios ambíguos, como o princípio da precaução, o qual, em virtude das inúmeras definições encontradas, ao invés de corroborar a interpretação e aplicação das normas, acaba por gerar insegurança jurídica. _O princípio da precaução nasce no direito interno alemão, mais precisamente no artigo 5º da Lei Federal sobre a proteção contra as emissões.

A lógica de precaução traduz fundamentalmente uma ideia de prevenção antecipada em razão da incerteza sobre a existência de lesividade significativa de uma determinada atividade ou produto. A lei alemã sobre autorizações de atividades geradoras de emissões poluentes, em vigor desde 1972 e desde então por várias vezes alterada, lançou a distinção entre prevenção de perigos (eventos lesivos com probabilidade de ocorrência comprovada com base em juízos estatísticos ou científicos incontroversos e que nessa qualidade devem ser evitados) e prevenção de riscos (eventos cuja lesividade ou probabilidade de ocorrência é controversa e que, por isso, devem ser prevenidos por recurso às melhores técnicas disponíveis) (GOMES, 2017, p. 329, grifo nosso).

Na visão de Carla Amado Gomes (2017, p. 330), a norma alemã utiliza da ponderação de interesses entre as atividades geradoras de emissões poluentes e a distinção entre perigos e riscos. Assim, uma vez que a atividade é socialmente útil, ela não deve ser proibida caso a sua lesividade não esteja absolutamente comprovada. Contudo, se a atividade importar em danos para o meio ambiente, o operador será obrigado a suportar os custos das medidas de prevenção de riscos utilizando-se da melhor técnica disponível.

No atual modelo econômico, as causas dos riscos e perigos possuem as mais diversas origens, o que dá contornos de uma multidimensionalidade, circunstância que acentua as dificuldades das diversas instâncias de organização normativa em lidar com problemas dessa ordem (HAMMERSCHMIDT, 2003, p. 2). No âmbito internacional, “[...] o primeiro assomo da lógica de precaução fez-se na Carta Mundial da Natureza, de 1982 (aprovada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU de 28 de outubro

de 1982 n.º A/RES/37/7), no artigo 11.º, que aqui se transcreve” (GOMES, 2017, p. 330):

11. Activities which might have an impact on nature shall be controlled, and the best available technologies that minimize significant risks to nature or other adverse effects shall be used; in particular:

(a) Activities which are likely to cause irreversible damage to nature shall be avoided;

(b) Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed; (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993).

É evidente que este documento tem um viés ecocêntrico e resulta de uma versão máxima da lógica de precaução, já que defende a vedação de determinada atividade caso haja dúvida sobre os efeitos adversos para a natureza. Além disso, cabe ao operador demonstrar que os efeitos benéficos para a natureza ultrapassam os efeitos adversos. Em outras palavras, a primeira definição internacional da precaução traz a inversão do ônus da prova (GOMES, 2017, p. 330).

O princípio da precaução também aparece no âmbito do direito do mar, nas Comissões do Mar do Norte, que tem relação com a prevenção de danos provocados por hidrocarbonetos. O problema em questão estava nos navios que lançavam combustível em depósito ou em tanques para o mar, provocando danos à água e afetando a biodiversidade. Da Declaração de Londres sobre poluição marinha do Mar do Norte, que ocorreu 1987, identifica-se outra formulação do princípio da precaução.

Conforme a autora Carla Amado Gomes (2018, p. 181), essa formulação se aproxima da adotada pela lei alemã, estabelecendo, diferentemente da norma anterior, um mandado de ação a favor da viabilização da atividade, embora condicionada à observância das melhores tecnologias disponíveis. As diferenças, contudo, não ficam pela atitude positiva, notando-se também a omissão relativa à inversão do ônus da prova a cargo do operador.

Posteriormente, a precaução passa a ser divulgada no plano internacional, mas o documento que gerou maior impacto foi a Declaração do Rio de Janeiro, em 1992, com o princípio 15:

In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1993, grifo nosso).

Após a Declaração do Rio de Janeiro, o princípio da precaução obteve visibilidade mundial e, com isso, uma projeção privilegiada. Logo, essa consagração do princípio da precaução foi repetida em outros instrumentos internacionais, como na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas, no seu artigo 3/3, assinada em Nova Iorque, em 1992, e na Convenção de Barcelona sobre a Proteção do Meio Marinho e do Litoral Mediterrânico, no seu artigo 4/3, de 1995 (GOMES, 2007, p. 179 e 180).

É inteligível que na descrição do princípio 15 não se utiliza a palavra "principle" (princípio): no lugar dela, emprega-se a palavra "approach" (abordar/aproximar). Contudo, o vocábulo "principle" aparece em outros artigos da Declaração do Rio de Janeiro. Nesse contexto, questiona-se qual seria a motivação para a comunidade internacional não utilizar a palavra princípio ao tratar da precaução. A explicação se dá no sentido de os Estados saberem a importância que a jurisprudência concerne à palavra princípio, sendo, portanto, preocupante para o desenvolvimento econômico a precaução ganhar força e ser direcionada à vinculatividade.

Diante desse posicionamento tomado pelos Estados na Declaração do Rio de Janeiro, a Corte Internacional de Justiça, ao proferir a sentença do Caso Gabcíkovo-Nagymaros Project, em 1997, optou pela inaplicabilidade do princípio da precaução.

O conflito teve como base um Tratado entre a Tchecoslováquia e a Hungria, assinado em 1977, para a construção e operação de um sistema de comportas no trecho do Rio Danúbio, situado na fronteira entre os dois países, a fim de gerar energia hidrelé-

trica, melhorar as condições de navegação e proteção das áreas marginais contra inundações (GOMES, 2017, p. 336).

A Hungria teria o controle dos trabalhos de implementação do projeto em sua cidade Nagymaros e a Tchecoslováquia, daqueles em seu distrito Gabčíkovo. As Partes também se comprometiam a garantir que as atividades não comprometeriam a qualidade das águas do rio, bem como a cumprir quaisquer outras obrigações relacionadas à proteção da natureza (CAMPOS NETO; CAMPELLO, 2013, p. 2).

Em 1989, contudo, a Hungria suspendeu as obras de implementação do projeto devido à repercussão negativa no âmbito interno. Apesar das partes terem entrado em negociação, a Tchecoslováquia, em 1991, colocou em prática o desvio do curso do rio em seu território. Diante dessa situação, em 1992, a Hungria comunicou o término do Tratado e a Tchecoslováquia deu início ao represamento do rio (CAMPOS NETO; CAMPELLO, 2013, p. 2).

Assim, a questão foi levada à Corte Internacional de Justiça. O governo húngaro, para justificar a suspensão e posterior abandono das obras previstas no Tratado de 1977, invocou o estado de necessidade ambiental², sustentando pelo princípio da precaução. A Hungria alegava preocupação com as consequências que a implementação do Gabčíkovo-Nagymaros Project poderia ocasionar para o meio ambiente da região. Além disso, alegou que o desvio do curso do rio praticado pela Tchecoslováquia representava uma violação material do Tratado.

Entretanto, não havia certezas absolutas, apenas alguns estudos unilaterais, por parte da Hungria, apontando alguns riscos tanto na construção como no desenvolvimento ambiental da região, o que acarretaria na alteração das circunstâncias e, conseqüentemente, das obrigações pactuadas.

A Tchecoslováquia, por sua vez, pleiteava a responsabilização da Hungria pelo descumprimento de um tratado internacional. Nesse cenário, o governo húngaro recorreu ao princípio da pre-

2 O estado de necessidade ambiental é a figura que permite desculpar o lesante pelo dano ambiental provocado, desde que para evitar um dano maior.

caução, sustentando, no caso concreto, que, diante do risco de dano ambiental, as obras foram paradas para evitá-lo.

A Corte Internacional de Justiça julgou o conflito em 1997. No que se refere ao estado de necessidade ambiental sustentado pela Hungria, a Corte entendeu que os riscos invocados não eram suficientes para justificar a suspensão da obra, já que havia tempo hábil e meios alternativos para superá-los.

Ademais, foi ressaltado que a necessidade de proteção do meio ambiente era conhecida ao tempo da assinatura do Tratado, de modo que um eventual estado de necessidade não justificaria o descumprimento com as obrigações convencionais. Desse modo, a Corte concluiu que a Hungria não tinha direito a suspender e posteriormente abandonar o Projeto Gabčíkovo-Nagymaros em 1989 (CAMPOS NETO; CAMPELLO, 2013, p. 3).

A Corte julgou que as medidas alternativas tomadas pela Tchecoslováquia ultrapassaram o direito de compensação dos danos sofridos em razão do descumprimento húngaro. Todavia, isso não seria o suficiente para justificar o fim do Tratado por parte da Hungria. Outrossim, a Corte desconsiderou a precaução, pois foi compreendido como causa de insegurança jurídica, dadas as diversas definições e os conflitos gerados com o princípio do *pacta sunt servanda* e da boa-fé do direito internacional.

V – Resultados:

A primeira formulação internacional da precaução, “na dúvida proíbe-se”, é inviável porque causa completa paralisia dos avanços da sociedade. Ademais, ela não faz sentido porque vivemos em uma sociedade de risco.

A segunda formulação da precaução é maximalista: “na dúvida permite-se com a minimização de todos os riscos”. Essa definição é tão cara que impossibilitaria ao operador colocar produtos ou uma nova atividade no mercado. É uma formulação inexecutável em uma sociedade capitalista.

A formulação atual, fruto da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, faz com que a lógica precaucionista fique condicionada de múltiplas formas, seja em função da capacidade dos Estados,

seja em função da sujeição da adoção de medidas minimizadoras a uma ponderação custo-benefício. Assim, mantém-se a lógica do mandado de ação e neutraliza-se a máxima do *in dubio pro ambiente*, que resulta da Carta Mundial da Natureza.

A imprecisão da precaução causa volatilidade como princípio de direito internacional. Observa-se, através da análise do Caso Gabcíkovo-Nagymaros Project, que aceitar a lógica da precaução no direito internacional é optar por um caminho perigoso, que pode chegar ao unilateralismo, enquanto é o multilateralismo que deve codificar as relações internacionais. A Corte Internacional de Justiça não acatou como argumento o princípio da precaução, pois, com as diversas definições existentes, isso acarretaria na desconsideração do princípio do *Pacta Sunt Servanda*, do multilateralismo e da boa-fé do direito internacional.

Alguns doutrinadores dizem que a precaução pode ser um princípio de *soft law*, um direito em evolução. A precaução pode fazer parte do grupo de princípios “potenciais” do Direito Ambiental Internacional, ou seja, do grupo que ainda deve seguir uma jornada para se tornar uma regra totalmente aplicável. A aplicação da precaução como princípio de Direito Ambiental Internacional é desejável, mas, por enquanto, ela não passa de um ideal. Na prática, diante da globalização e do cenário econômico, não há, no Direito Internacional, espaço para a preocupação ambiental acima do desenvolvimento da economia.

VI – Referências:

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 04 mai. 1994. **Memorial of the Republic of Hungary**, [S. l.], v. 1, p. 1-516. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/10921.pdf>. Acesso em: 13 out. 2019.

DUPUY, Pierre-Marie. *International law of the environment. Soft law and the international law of the environment*, [s. l.], v. 12, ed. 2, p. 420-435, 1990. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1648&context=mjil>. Acesso em: 14 out. 2019.

GOMES, Carla Amado. **Direito internacional do ambiente: uma abordagem temática**. Lisboa: AAFDL, 2018.

GOMES, Carla Amado. Precaução e proteção do ambiente: da incerteza à condicionalidade. In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (coord.). **Justiça entre gerações: perspectivas interdisciplinares**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 323-351. Disponível em: <https://www.ffms.pt/FileDownload/c78d66a1-dbe6-49be-bed6-fe2320ca1a28/justica-entre-geracoes-perspectivas-interdisciplinares>. Acesso em: 14 out. 2019.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_ma_17157.pdf. Acesso em: 14 out. 2018.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. A Conferência do Rio de Janeiro sobre meio ambiente e desenvolvimento. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 4. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2015. cap. 4, p. 49.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista sequência**. 45. ed. Santa Catarina, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317/13912>. Acesso em: 14 out. 2019.

KISS, Alexandre Charles. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (coord.). **Coleção direito ambiental em debate**. Belo Horizonte: ESMPU/Del Rey, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 26. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Rio de Janeiro). 1992. **Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento**, Nova Iorque, 1993. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/836/55/pdf/N9283655.PDF?OpenElement>. Acesso em: 14. out. 2019

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Nova Iorque). 1992. **Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre mudança do**

clima, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em: 14 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Princípio da precaução. In: _____. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. cap. 12, p. 215-223.

WINFRIED, Lang. UM-Principles and international environmental law. **Max Planck**, [S.l.], v. 3, p. 157-172, 1999. Disponível em: https://www.mpil.de/files/pdf2/mpunyb_lang_3.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

A transformação do dever do Estado e os impactos ocasionados no âmbito da autonomia da vontade privada¹

Diego Dutra Wallauer²

Eduarda Schilling Lanfredi³

I – Problema:

O Estado, como ente responsável pela organização e manutenção da vida em comum, sempre desempenhou papel significativo na estruturação e no desenvolvimento das relações interpessoais. No entanto, ainda que tenha transmutado de um Estado absolutista para um Estado que reconhece e tutela os direitos fundamentais inerentes ao indivíduo, ainda não consegue legitimar tais direitos em todas as searas do ordenamento jurídico vigente.

No caso, o ordenamento que, com as modificações sociais que foram sucedendo – principalmente aquelas atinentes à ressignificação do papel do Estado –, prima pela autodeterminação e autogestão do sujeito, permanece impossibilitando o indivíduo de exercer plenamente essa autonomia no âmbito do direito sucessório, uma vez que o proíbe de dispor livremente de seu patrimônio na existência de herdeiros legítimos necessários.

1 The transformation of state duties and the impacts impact on the framework of private will

2 Advogado. Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisador do Grupo de Estudos Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8322554451053214>. E-mail: wallauer.diego@gmail.com.

3 Advogada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Estudos - Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório, coordenado pelo Prof. Dr. Maurício Reis, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4084801781941076>. E-mail: eslanfredi@hotmail.com.

Assim, considerando essa dissonância, o propósito deste trabalho é questionar e verificar até que ponto a atuação do Estado, possibilita, efetivamente, o pleno exercício da autonomia da vontade privada no âmbito das relações sucessórias.

II – Hipótese:

Analisando a atual estrutura do ordenamento jurídico vigente e a interferência desmedida do Estado nas relações interpessoais, acredita-se que o equilíbrio necessário será alcançado através da relativização da legítima, possibilitando que o autor da herança disponha do seu patrimônio da forma que melhor entender.

Assim, o indivíduo teria total liberdade para exercer a autonomia da vontade privada dentro do direito sucessório, podendo elaborar seu testamento sem que nenhuma reserva ou impedimento legal lhe fosse imposto. Haveria ressalva apenas no caso de herdeiros legítimos necessários incapazes ou acometidos por grave enfermidade que lhe impossibilitasse o exercício pleno dos atos da vida civil. Nesse caso, a reserva legal deveria ser respeitada. Dessa forma, o princípio da autonomia da vontade privada, propagado e perfectibilizado com a transformação do dever do Estado, será verdadeiramente efetivado.

III – Objetivo:

Realizar uma análise crítica sobre a transmutação das atribuições inerentes ao Estado e os impactos ocasionados no princípio da autonomia privada, especificamente no âmbito do direito sucessório contemporâneo, verificando se as normas vigentes possibilitam o pleno exercício por parte do sujeito de direito.

IV - Metodologia:

Na presente pesquisa foi realizada uma abordagem com base no método dedutivo, utilizando-se da seara dos Direitos Fundamentais e do Direito Civil para a verificação do objetivo em estudo.

A pesquisa foi desenvolvida por intermédio da abordagem qualitativa e da técnica de análise jurisprudencial e pesquisa bibliográfica, incluindo normas constitucionais e infraconstitucionais.

V – Fundamentação Teórica:

O Estado, como ente hierárquico, sempre se fez presente em nosso ordenamento, estipulando regras e determinando a forma com que as relações interpessoais seriam regidas e desenvolvidas. Trata-se, portanto, do agente responsável pelo controle e pela organização da conduta praticada pelo sujeito de direito (LANFREDI, LIMA, 2018, p. 72).

Ocorre que, embora determine as diretrizes necessárias e possibilite o pleno desenvolvimento social, através da imputação de sanções para aqueles que vierem a infringir limites comuns imprescindíveis a manutenção do bem-estar coletivo, o Estado não pode atuar de forma que venha aniquilar, por completo, a vontade emanada pelo indivíduo (LANFREDI, LIMA, 2018, p. 72). Isto porque, com as modificações históricas e sociais ocorridas nos últimos tempos, ele teve o seu papel substancialmente resignificado, uma vez que deixou de atuar de modo acidental e passou a agir de modo a tutelar e legitimar os direitos inerentes ao indivíduo.

O Estado, quando da sua instituição e por muito tempo, não atuou de forma a resguardar o sujeito e proporcionar proteção jurisdicional ao mesmo. Sua atuação se concentrava, quase que exclusivamente, no domínio do poder econômico e territorial, na perpetuação do poder e na soberania de interesses financeiros. Assim, o homem não fora visto como indivíduo que necessitasse da tutela estatal, tampouco como sujeito portador de direitos a serem observados e cumpridos. A proteção outorgada ao homem, embora existente, era entendida como papel subsidiário. Dessa forma, o Estado sempre interferiu, e tal interferência, dificilmente, se dava de modo negativo, já que, pelas suas atribuições, reconhecidas pela ordem jurídica e pelas próprias razões pelas quais fora instituído, fica impossibilitado de se abster de eventual intervenção (STRECK, MORAIS, 2008, p. 68).

No entanto, as suas atribuições eram diversas, pois além de compreender a tutela do indivíduo como elemento acessório, quando atuava de modo a efetivá-la, agia de forma arbitrária e impositiva, sem se preocupar com as vontades e os anseios emanados das relações interpessoais. Acontece que, com as transformações sociais que foram sucedendo e os reflexos ocasionados pela atuação mínima do Estado, como inúmeras atrocidades históricas, o homem passou a ser entendido como componente substancial e parte das atribuições inerentes ao ente hierárquico. Ou seja: o sujeito passou a ser detentor de direitos fundamentais, os quais passaram a ser objeto de proteção por parte do Estado.

Partindo dessa premissa, o bem-estar e as garantias devem ser assegurados, possibilitando que o indivíduo se desenvolva de forma plena e utilize os preceitos, a fim de se tornar um sujeito capaz de se autogerenciar e autoadministrar. Dessa forma, o Estado implementou e validou direitos que têm como propósito limitar a sua atuação e permitir que os preceitos fundamentais inerentes ao indivíduo não sejam violados ou restringidos, exceto em situações onde tal intervenção se mostre absolutamente necessária e se encontre devidamente justificada.

O Estado, portanto, passou a atuar e intervir a fim de viabilizar melhores condições de existência ao indivíduo e enquadrá-lo como elemento imprescindível ao processo de desenvolvimento e reconstrução social. (STRECK, MORAIS, 2008, p. 97/98).

Assim, depreende-se que tais preceitos instituem diretrizes a serem adotadas pelo Estado, pautando sua condução na promoção do indivíduo. Tais preceitos, ao serem incorporados pelo ente hierárquico, vinculam as demais autoridades e mandamentos a serem tomados diante do caráter e da força vinculante que possuem (SILVA, 2016, p. 7). Na verdade, eles representam um sistema de valores pautados em elementos culturais e sociais, que resumem e dão sentido à vida estatal contida na Constituição (LEIVAS, 2006, p. 45). Tratam-se, portanto, de princípios norteadores das relações públicas e privadas.

Desse modo, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais, compreendidos como princípios

...não se limitam a função precípua de serem direito subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico objetiva da Constituição, com eficácia em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos (SARLET, 2009, p. 143).

Assim, ainda que se encontrem legitimados em nosso ordenamento, através da Constituição Federal de 1988, tais preceitos impactam e denotam reflexos há muito mais tempo, em razão do caráter multifacetado que possuem e da importância de suas atribuições.

Acontece que, em determinadas searas, o interesse do Estado em tutelar e resguardar esses preceitos é tanto que o propósito do direito acaba não se efetivando. Isto é, a proteção outorgada é tanta que o núcleo essencial do princípio acaba restando inócuo. Tal fato pode ser verificado na relação existente entre o Direito Sucessório e o princípio da autonomia da vontade privada.

A autonomia privada é vista como o preceito fundamental, cujo propósito é validar e perfectibilizar o desejo manifestado pelo sujeito de direito, em face de propagar que os particulares se tratam daqueles que melhor sabem eleger e disciplinar os seus interesses. (SILVA, 2016, p. 88/89). Ademais, por sustentar que o indivíduo é livre para dispor dos atos inerentes à sua vida, de acordo com os seus anseios, a autonomia privada possibilita a individualização desse sujeito dentro de uma coletividade. (RAAD, 2018, p. 8).

Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves,

...entende-se como autonomia privada a autorização fornecida pelo Estado para que o particular possa administrar e gerir a sua vida íntima como melhor lhe aprouver, realizando ações das quais ele próprio irá fixar o seu conteúdo, seus efeitos e suas consequências jurídicas, pois o ordenamento, de antemão, reconhece e protege tais ações (ALVES, 2010, p. 5/6).

Tal princípio encontra respaldo no próprio direito contratual, uma vez que, a partir do momento em que as partes passaram a estipular (de modo consensual) normas, regras e obrigações a

serem cumpridas, a vontade manifestada passou a prevalecer e ser cumprida. Não haveria razões para que o exposto pelos indivíduos fosse questionado ou anulado. O que fora transacionado passaria a vigorar, uma vez que as partes são livres para estabelecer relações jurídicas e acordar acerca dos efeitos ocasionados (CHIUSI, 2007, p. 21/22).

Ou seja, ao ser reconhecido, primeiramente, no direito contratual, implementaram-se as diretrizes que desenvolveriam a relação entre o direito de escolha e a dignidade da pessoa humana (ALVES, 2010, p. 104). No caso, a sua relevância já era reconhecida, uma vez que, segundo Jurgen Habermas, “os princípios do direito privado já valem como direitos morais no estado natural; e nesta medida também os direitos naturais, que protegem a autonomia privada dos homens, precedem a vontade do legislador soberano” (HABERMAS, 2003, p. 135).

Contudo, com a ressignificação do papel do Estado, a autonomia privada também passou a ser identificada pelo caráter existencial e possuir vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo sido verificado que outorgar capacidade ao indivíduo e possibilitar que ele se autogerencie propicia o desenvolvimento da personalidade e convalida o direito de escolha da parte (MULTEDO, 2017, p. 44).

Na verdade, de acordo com Luiz Edson Fachin,

...foi na medida dessas transformações que a constitucionalização do direito buscou, nos princípios e valores constitucionais, a ressignificação dos institutos do Direito Civil, promovendo, com isso, a repersonalização do direito privado, que fez deslocar o foco jurídico do patrimônio para a pessoa concreta, sujeito de necessidades materiais e imateriais. (FACHIN, 2012, p. 161)

Assim, ao entender a autonomia como expressão de liberdade e instrumento para a concretização da dignidade da pessoa humana, seu exercício não pode se submeter a atribuições ou concessões do Estado, mas deve ser respeitado e facilitado diante da necessidade do reconhecimento da autorregulamentação do indivíduo para seu pleno desenvolvimento social (MULTEDO, 2017, p. 21/22). Os papéis não podem ser desempenhados única e exclusivamente pelo ente hierárquico. É imprescindível que o

sujeito possa atuar de modo substancial, ainda mais em situações que envolvam relações interpessoais. Sobre isso, Leonardo Barreto Moreira Alves afirma:

Com efeito, não há que se negar que é no seu espaço privado – e somente nele – que o indivíduo pode alcançar com plenitude a realização da sua personalidade, desfrutar de sua intimidade, de sua privacidade, implementar, enfim, os seus direitos de personalidade. Exigir que o sujeito seja movido exclusivamente por interesses públicos, em detrimento de seus anseios individuais, significa aceitar que a pessoa humana se torne autômata, despersonalizada, ou até deixe de existir, eis que ela será reduzida a um mero instrumento da coletividade (ALVES, 2010, p. 98).

Logo, constatado que a autonomia é correlata ao livre desenvolvimento da personalidade, possibilitar que o indivíduo administre as questões inerentes à sua existência legítima as escolhas realizadas, sendo que a restrição ou intervenção poderia ser válida apenas quando devidamente justificada e proporcional (PULIDO, 2013, p. 236/237). Isto é: como a personalidade é vista como a capacidade que habilita o indivíduo a assumir a titularidade de relações jurídicas, passando a ser sujeito de direito e possuidor de preceitos que o legitima na esfera privada (PEREIRA, 2007, p. 100), não pode ser ceifada ou tolhida de forma arbitrária ou indiscriminada.

Assim, ainda que os direitos fundamentais não sejam absolutos e possam ser objeto de restrições, conforme defendido pelo direito constitucional contemporâneo (SARLET, 2009, p. 387/388), a intervenção não pode ocorrer de modo demasiado sem haver um propósito plausível e justificável. De acordo com Jurgen Habermas,

...direitos subjetivos são direitos negativos que protegem os espaços da ação individual, na medida em que fundamentam pretensões, reclamáveis judicialmente, contra intervenções ilícitas na liberdade, na vida e na propriedade. [...] Esses direitos fundamentais devem continuar garantindo a auto afirmação e a responsabilidade própria da pessoa na sociedade (HABERMAS, 2003, p. 116-120).

Portanto, se a autonomia da vontade foi adotada pelo ordenamento jurídico como preceito fundamental norteador das relações públicas e privadas – uma vez que reconhece a capacidade de autodeterminação do sujeito – não há razões que legitimam a atuação do Estado na seara do Direito Sucessório.

Destaca-se que a interferência mínima em favor da primazia da autonomia da vontade já vem sendo reconhecida no âmbito do Direito de Família, pois a própria Constituição Federal admite e consente a pluralidade da entidade familiar. A individualidade e os interesses de cada membro desse núcleo vêm sendo respeitados e alçados com significativa valoração, ou seja, as decisões emanadas dentro do ambiente particular vêm recebendo a chancela jurisdicional e estatal (MARQUES, 2014, p. 106).

Todavia, tal reconhecimento não é outorgado às decisões proferidas pelo sujeito que repercutirão efeitos quando do seu falecimento, já que a legislação vigente, especificamente os artigos 1.789 e 1.857, §1º do Código Civil brasileiro, dispõe que, havendo herdeiros legítimos necessários, o autor da herança não poderá dispor de mais de 50% (cinquenta por cento) de seu patrimônio.

Dessa forma, se o indivíduo tem liberdade de estabelecer relações afetivas da forma como melhor entender, e tais relações são reconhecidas e legitimadas pelo Estado, questiona-se: por qual razão o mesmo indivíduo não pode dispor livremente de seu patrimônio? Se o Estado, com as modificações sociais e com a ressignificação da sua função, passou a vislumbrar o homem como sujeito capaz e autônomo, por que lhe retira o direito de exercer a sua autonomia e a sua livre escolha?

O discurso acerca da autonomia existencial, decorrente do período pós-guerra, no qual se visa confirmar o sujeito como apto para traçar seu projeto de vida e reiterar a necessidade de um espaço sem intervenção, não pode ser empregado de forma seletiva e parcial (MULTEDO, 2017, p. 39/40). O indivíduo não pode ser restringido de usar sua capacidade de autodeterminação apenas quando o Estado entender ser adequado e necessário. Se uma atribuição lhe é conferida, sua plena efetividade deve ser garantida, pois de nada adianta conferir poder ao homem que

restará, quando da sua utilização, totalmente inócuo, ante sua ineficácia.

Logo, é autoritário e imotivado retirar o direito de escolha do indivíduo relacionado diretamente à autonomia existencial, ao mesmo tempo em que se propaga a necessidade e a importância da autodeterminação e autogestão do sujeito. Ainda mais quando estamos diante de relações privadas, cujos efeitos são entre partes e onde o direito discutido sequer é garantido, uma vez que a herança, por estar condicionada ao falecimento da parte e a existência de bens, se trata de mera expectativa de direito. Conforme explana Salomão de Araújo Cateb,

...liberdade de testar é a possibilidade que o Direito concede ao indivíduo de poder fazer disposições juridicamente eficazes sobre seu patrimônio para o tempo posterior a morte. A liberdade de testar baseia-se, em geral, na autonomia privada no Direito, sobre o fato de que o ordenamento jurídico reconhece o indivíduo como pessoa, capaz de dirigir sua vida, segundo o seu próprio arbítrio. (CATEB, 2015, p. 12)

Portanto, é desarrazoado pensar e defender que leis absolutas que ceifam a possibilidade de o indivíduo exercer sua capacidade de escolha e a própria capacidade negocial prevaleçam em relação à autonomia privada (PEREIRA, 2007, p. 119).

Dessa forma, acredita-se que, para convalidar as alterações de paradigma ocasionadas pela ressignificação do papel do Estado e possibilitar que a autodeterminação, de fato, seja exercida, é necessário que a legítima também seja relativizada no ordenamento jurídico brasileiro. No caso que o autor da herança, fazendo uso das prerrogativas outorgadas a ele, com o advento do novo Estado, e possibilitando-lhe exercer suas atribuições relacionadas aos preceitos fundamentais, possa dispor livremente de seu patrimônio, sem que qualquer limitação ou condição seja lhe imposta, salvo em casos de evidente vulnerabilidade. De acordo com Luís Edson Fachin:

Nesse sentido, intervir é necessário quando verificada a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa, sendo ela jurídica ou faticamente mais vulnerável devido às suas condições pessoais. [...] O reconhecimento dessa condição de vulnerabilidade permite ao Estado a in-

tervenção no seio familiar para proteger os direitos dessas pessoas que ainda se encontram em estágio de desenvolvimento, posto que não são ainda consideradas capazes de fazer suprir, por si apenas, as suas necessidades mais básicas (FACHIN, 2012, p. 164).

Desse modo, acredita-se que a atuação mínima por parte do Estado, através da possibilidade de relativizar a norma vigente no tocante à reserva legal do Direito Sucessório, possibilitará e perfectibilizará o princípio da autonomia da vontade privada em seu viés contemporâneo existencial, uma vez que o direito de escolha e a dignidade do indivíduo serão valoradas sem que o núcleo de qualquer outra garantia fundamental seja prejudicado.

VI – Resultados:

A partir deste estudo, observa-se que o Estado foi e permanece sendo agente de convalidação e estruturação social. No entanto, com o passar do tempo, ele deixou de primar pela soberania de interesses territoriais e financeiros e passou a valorar o sujeito de direito enquanto membro da coletividade. Começou, então, a percebê-lo e reconhecê-lo como indivíduo portador de direitos fundamentais.

Assim, o Estado ressignificou o seu papel a fim de tutelar pela garantia de tais preceitos, bem como nortear a sua própria atuação através de tais preceitos, restringindo a sua intervenção, até então arbitrária e desmedida.

Ou seja: ele vislumbrou a importância de o indivíduo, a partir da garantia de resguardo de tais princípios, autodeterminar e autogerenciar os aspectos inerentes à sua vida e à sua existência. Até porque o próprio princípio da autonomia da vontade privada e do direito de escolha passaram a vincular-se, diretamente, à dignidade da pessoa humana, uma vez que esta seria a detentora de maior capacidade para determinar ou dirimir projetos e escolhas de vida.

Acontece que, em determinadas esferas privadas, como a do Direito Sucessório, tal liberalidade não se verifica, pois o Estado ainda impossibilita que o desejo emanado pelo sujeito seja, verdadeiramente, soberano. Isso inviabiliza a livre e total

disposição do patrimônio por parte do autor da herança quando existirem herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge/companheiro).

Dessa forma, é absolutamente contraditório e ineficaz o Estado, com as modificações sociais e com a resignificação da sua função, ter passado a vislumbrar o homem como sujeito capaz e autônomo e, concomitantemente, retirar-lhe o direito de exercer a sua autonomia e a sua livre escolha.

Logo, é imprescindível que a atuação mínima do Estado incida no Direito Sucessório através da relativização da legitimidade, já que, assim, possibilitará e perfectibilizará o princípio da autonomia da vontade privada em seu viés contemporâneo existencial ao valorar o direito de escolha e a dignidade do indivíduo, sem que o núcleo de qualquer outra garantia fundamental seja prejudicado.

VII – Referências:

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**: 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015;

CHIUSI, TIZIANA. **A dimensão abrangente do direito romano privado: observações sistemático-teoréticas sobre uma ordem jurídica que não conhecia "direitos fundamentais"**. IN: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007;

FACHIN, Luiz Edson. **Famílias – Entre o Público e o Privado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.) **Família entre o Público e o Privado**, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012;

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Volume I. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

LANFREDI, Eduarda Schilling Lanfredi; LIMA, Rodrigo Rosa de. **O princípio da autonomia privada e da mínima intervenção estatal à luz do direito de família contemporâneo.** In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liana Maria Busnello (Org.) Temas atuais no direito de família e sucessões. Porto Alegre: IBDFAM, 2018;

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

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

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

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos – escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais.** Tradução: Thomas da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013;

RAAD, Daniela Russowsky. **O exercício da autonomia privada no direito sucessório – uma reflexão a partir da eficácia do regime da separação de bens.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10^a ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

SILVA, Daniel Alt da. **Família Simultânea: uma abordagem à luz da autonomia privada.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** 6^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A responsabilidade civil dos atos de inteligência artificial no direito do consumidor¹

Civil responsibility of artificial intelligence acts in consumer law

Arthur Künzel Salomão²

1 Tema

A aplicação dos dispositivos relativos à responsabilidade civil dos fornecedores do Código de Defesa do Consumidor em relação aos atos autônomos de inteligência artificial decorrentes do vício do produto ou serviço, bem como do fato do produto ou serviço.

2 Problema

Os produtos colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, a não ser pelos considerados normais e previsíveis em relação à sua natureza. Outrossim, o avanço da tecnologia nos produtos com Inteligência Artificial vem logrando êxito na reprodução das redes neurais do cérebro humano, através de algoritmos, os quais permitem que a máquina tome decisões com base nos dados constantes em seu sistema de forma cada vez mais autônoma e articulada.

O aprimoramento dos sistemas de Machine Learning e Deep Learning proporciona que o algoritmo se utilize da sua própria experiência, a partir de atividades realizadas anteriormente,

1 Pesquisa desenvolvida durante os encontros do Grupo de Pesquisa "Proteção do Consumidor como Direito Fundamental", coordenado pela Professora Doutora Cristina Stringari Pasqual.

2 Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Email: aksalomao@hotmail.com

e tome decisões que podem ser diferentes das quais fora programado para fazer. Com isso, questiona-se: estaria comprometida a eficácia das normas de responsabilidade civil dos fornecedores a respeito do vício do produto e do serviço, bem como do fato do produto ou do serviço dispostas no CDC? Vista a capacidade de autoaprendizagem dos algoritmos, eles poderiam tomar decisões que não estavam programadas pelos seus criadores.

3 Hipótese

Analisando o modo como as pessoas realizam suas tarefas diárias, fica impossível imaginar quais seriam os rumos que a humanidade teria tomado se a invenção de Robert Kahn e Vinton Cerf³ não tivesse dado certo em 1960. Os efeitos da internet se estenderam sobre todas as áreas do conhecimento humano, como a forma de se comunicar, empreender e consumir produtos e serviços. De fato, o final do século XX é um intervalo de tempo que significou mudanças culturais ocasionadas pelo novo paradigma tecnológico da informação, envolvendo microeletrônica, computação (software e hardware), telecomunicação/rádiodifusão e optoeletrônica (CASTELLS, 2018, p 87).

Perceber que estamos em um período revolucionário fica fácil quando se analisa a velocidade em que as alterações são promovidas, adentrando todas as áreas do conhecimento humano. Podemos observar, por exemplo, o desenvolvimento da inteligência artificial em sua primeira aplicação, ainda durante a Segunda Guerra Mundial. No ano de 1943, Warren McCulloch e Walter Pitts desenvolveram as primeiras redes neurais, uma estrutura de raciocínio artificial em forma de modelo matemático que tem como modelo o sistema nervoso do cérebro humano.

Posteriormente, em 1950, Alan Turing elaborou o teste de Turing, também conhecido como Jogo da Imitação, em que um examinador conversa com uma máquina, cujo objetivo é se passar por uma pessoa. Ao final do teste, caso o examinador não consiga distinguir se está falando com uma máquina ou com um humano, a Inteligência Artificial é aprovada.

3 Cientistas responsáveis pela criação da Advanced Agency Research Agency (ARPANET), a primeira rede de computadores do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, o qual originou a internet.

Também em 1950, Claude Shanon criou uma máquina que jogava xadrez através de cálculo de posição simples e que conseguia competir com jogadores amadores. Demonstrado tamanho desenvolvimento da inteligência artificial nos anos seguintes, após menos de cinquenta anos, em 1997, o computador Deep Blue venceu o campeão mundial de xadrez, Garry Kasparov. Esse feito voltou a ocorrer no ano de 2016, quando a AlphaGo desenvolveu um sistema de inteligência artificial que aprendeu todas as regras do jogo de tabuleiro Go, observando partidas e, posteriormente, jogando contra si mesmo para melhorar suas habilidades e vencer o campeão mundial da categoria.

Por diversas vezes, questiona-se se a inteligência artificial um dia conseguiria se equiparar à inteligência humana. Em razão desse questionamento, Vincent Muller e Nick Bostrom (2016, p. 563) iniciaram uma pesquisa em busca de uma estimativa do ano em que tal equiparação poderia ocorrer. O trabalho contou com a participação de especialistas do mundo todo, chegando à conclusão de que tal evento tem 50% de chance de ocorrer até o ano de 2040 e que, até o ano de 2075, a probabilidade de a inteligência artificial atingir a capacidade humana é de 90%.

Nesse sentido, em pesquisa realizada pela LawGeex (2018), startup de tecnologia jurídica, 20 advogados experientes foram desafiados para uma batalha jurídica entre seres humanos e inteligência artificial. Em termos de precisão, apenas 1 dos 20 advogados conseguiu empatar com a inteligência artificial, havendo ambos atingido a marca de 94% de precisão na tarefa. Coletivamente, a inteligência artificial ganhou, pois o grupo de advogados atingiu a média de 85%. Em termos de velocidade, a inteligência artificial cumpriu a tarefa de revisar todos os 5 contratos de confidencialidade em apenas 26 segundos, enquanto as pessoas levaram, em média, 92 minutos para concluir a tarefa.

Isso tudo é possível por meio da utilização da técnica de Machine Learning, a qual permite que a atuação do algoritmo utilize de experiências anteriores para atuar numa situação futura diferente da forma que agiu anteriormente, em virtude do aprendizado extraído da última situação. Como exemplo de utilização de Machine Learning, a plataforma de Online Dispute Resolution (ODR) – utilizada pelo maior e-commerce do mundo atualmente, o

eBay – soluciona 60 milhões de disputas por ano. Na plataforma, portanto, foram celebrados mais acordos do que em todo o Poder Judiciário Americano (BARTON, 2017, p. 111). Ou seja: por meio de uma sistema alimentado com técnicas de negociação e com o uso de Machine Learning – que retroalimenta os algoritmos e os aperfeiçoa cada vez que utilizado –, a plataforma pode identificar áreas de acordo entre consumidor e fornecedor, sugerir possíveis soluções e analisar as propostas das partes, viabilizando solução dos conflitos em 90% dos casos sem a necessidade de intervenção humana.

Doravante, o desenvolvimento dos sistemas de Deep Learning, subsespécie da Machine Learning, combina a capacidade de aprendizado da técnica com uma memória externa capaz de relacionar conjuntos de dados complexos, estabelecendo conexões capazes de desvendar enigmas logicamente, reconhecendo padrões e criando vínculos entre vários eventos dentro dos pontos de dados.

Sua atuação se dá da seguinte forma: determinado problema é descrito para o algoritmo, não havendo, no entanto, uma prescrição de como a máquina deve proceder. Isso permite que o próprio sistema elabore a solução que julgar mais adequada para a problemática, devido à sua capacidade de interpretar e interligar dados. Através das redes de aprendizado, a máquina une um sistema de redes neurais artificiais com uma quantidade imensa de dados. Como exemplo de Deep Learning, os sistemas podem não apenas ouvir, mas escutar e entender o que é ouvido, e podem, efetivamente, ver e descrever uma imagem e aprender conceitos. Ademais, eles podem aprender a ler em diferentes idiomas, ainda que seus próprios programadores não sejam capazes de fazê-lo (PIRES; SILVA, 2017, p. 242).

Observando o rápido desenvolvimento da tecnologia, Gordon Moore (1965, p. 33-35) concluiu que a cada dois anos a capacidade de processamento dos computadores se multiplicava por dois, ou seja, crescia exponencialmente. Por óbvio, a evolução exponencial se inicia com numerais baixos, mas à medida que vai chegando a quantias maiores, como trilhões ou quadrilhões, as dimensões se tornam astronômicas. É justamente esse o estágio que o desenvolvimento tecnológico está alcançando

nos últimos anos, razão pela qual a inteligência artificial e outros instrumentos tecnológicos passaram a ter um súbito impacto na realidade (WOLKART, 2019, p.705).

Atualmente, já há vários exemplos de utilização diária de sistemas de inteligência artificial, a exemplo dos auxiliares dos sistemas operacionais, como a Siri (Apple), Cortana (Microsoft) ou a Alexa (Amazon). A utilização de sistemas de inteligência artificial também se faz presente nos serviços de streaming, tanto de vídeo como de música, como Netflix, Spotify e Youtube, indicando conteúdo com base nos dados de navegação e utilização da plataforma.

Outrossim, alguns danos podem ser causados aos consumidores (ou a terceiros) a partir dos atos de inteligência artificial, como no caso da Alexa, auxiliar do sistema operacional da Amazon, que começou a realizar compras sem qualquer solicitação (2017), ou como o acidente envolvendo carro autônomo da Uber, resultando na morte de uma pessoa (2018). Considerando o exposto a respeito das técnicas de Machine Learning e Deep Learning, quem deveria responder pelos danos causados por atos autônomos de inteligência artificial?

Conforme Thatiane Pires e Rafael Silva, levando em consideração a Resolução do Parlamento Europeu de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103-INL), os responsabilizados se dividiriam conforme as seguintes teorias: a) inteligência artificial como ferramenta e responsabilidade indireta do usuário ou proprietário; b) inteligência artificial como produto e responsabilidade dos fabricantes; e c) inteligência artificial como risco criado e responsabilidade objetiva daquele a quem o risco aproveita (deep-pocket) ou pela gestão de riscos (2017, p. 241).

A teoria que atribui aos sistemas de inteligência artificial o conceito de ferramenta remete à responsabilidade de quem está fazendo seu uso, como os casos em que a inteligência artificial está sendo utilizada para a prestação de um serviço. Nessa situação, o sistema de inteligência artificial age em nome de um fornecedor, estando, portanto, sob sua responsabilidade, uma vez que é empregada pelo usuário para desempenhar determinadas atividades sob a sua supervisão. Ademais, dados os recursos de

autoaprendizagem dos sistemas de inteligência artificial , haverá um dever de guarda e vigilância do seu proprietário ou usuário, que é quem seleciona e proporciona experiências à inteligência artificial (PIRES; SILVA, 2017, p. 249).

Quanto à teoria que adota o conceito de produto, como objeto da contratação de um sistema dotado de autoaprendizagem, o ônus da prova corresponderá em traçar a tênue linha entre os danos resultantes do processo da autoaprendizagem próprio da inteligência artificial e o defeito de fabricação preexistente (PIRES; SILVA, 2017, p. 250). Sendo possível, em determinados casos, atribuir a culpa da alimentação dos dados do sistema ao seu supervisor, imputando-se a responsabilidade civil do “treinador” da máquina, e não a de fornecedor.

Por fim, para a teoria que compreende a utilização de mecanismos de inteligência artificial como gestão de risco, aplicada diante de todas as pessoas envolvidas em atividades que apresentam riscos – embora lucrativas e úteis para a sociedade –, deve-se compensar os danos causados pelo lucro obtido. Dessa forma, a aplicação da responsabilidade objetiva exigiria apenas a comprovação da ocorrência do dano e o nexo de causalidade. A responsabilização da conduta não se daria em virtude da negligência, mas como pessoa capaz, em certas circunstâncias, de minimizar riscos e lidar com impactos negativos. Assim, seja por parte do criador – fabricante de produtos que empregam inteligência artificial –, seja por parte de uma empresa ou um profissional que não está na cadeia produtiva da inteligência artificial, mas que a utiliza em sua atividade – a exemplo de uma transportadora que usa os veículos autônomos –, deve-se ser ciente dos riscos inerentes às suas atividades, sendo exigível, inclusive, que se faça um seguro obrigatório de danos (PIRES; SILVA, 2017, p. 251).

Ademais, a capacidade de tutela das normas vigentes do Código de Defesa do Consumidor envolvendo os sistemas de inteligência artificial no mercado de consumo ainda se mostram eficazes, e para sua aplicação é imprescindível a configuração de uma relação de consumo. Assim, deve ser celebrada entre o consumidor e o fornecedor, cujos conceitos são estabelecidos por

lei, respectivamente, nos artigos 2º, caput e 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor.

Considera-se fornecedor, em sentido amplo, o fabricante, o produtor, o construtor, o importador, o comerciante, dentre outros (NUNES, 2012, p. 140). Quanto ao conceito de consumidor, o da Teoria Finalista Mitigada, conforme demonstra o julgamento do Recurso Especial nº 1.010.834-GO da relatoria da Ministra do STJ Nancy Andrighi, ao considerar que, apesar de o objeto da contratação (máquina de costura) ser utilizado para fins profissionais, ele possuía finalidade de subsistência, o que evidenciaria a condição de vulnerabilidade da contratante, justificando a proteção pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Conclui-se, assim, que poderão ser enquadradas consumidor tanto pessoas físicas quanto jurídicas, quando constatada sua posição de vulnerabilidade, desde que o objeto da contratação não se trate de insumos para o exercício da atividade empresarial (TEIXEIRA, 2015, p. 72-73).

O objeto da contratação deve se tratar, necessariamente, de um produto ou um serviço. Pode ser definido como produto todo e qualquer bem jurídico disponível, corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, consumível, dirigido ao consumidor como destinatário final (GAGLIANO, 2011, p. 303). O conceito de serviço remete-se à ideia de atividade voltada para o mercado de consumo, disposto no art. 3º, §2º, do CDC, devendo ser contratado mediante remuneração paga pelo consumidor, incluindo-se por determinação legal as atividades de natureza bancária e financeira voltadas para o mercado de crédito ou securitário.

Percebe-se que tanto os produtos como os serviços podem ser dotados de inteligência artificial, sendo objetos de relação de consumo desde que possuam sistemas que sejam capazes de realizar atividades de forma autônoma, dotados ou não de sistemas de autoaprendizagem. Podemos relacionar o serviço à teoria que compreende a inteligência artificial como ferramenta utilizada para prestar uma atividade. Da mesma forma, pode-se relacionar produto ao software ou hardware, distinguindo-se ambos em razão de o software ser imaterial – programa operacional –, ao passo que o hardware se constitui de forma material, através da estrutura físicas que compõem determinada máquina.

Doravante, o Código de Defesa do Consumidor dispõe a respeito dos acidentes de consumo nos artigos 12 a 19 do CDC. Assim, determina a responsabilidade civil dos fornecedores a respeito do vício do produto ou do serviço quando o defeito se encontra em sua composição. Percebe-se que o vício do produto interfere na qualidade ou economicidade do objeto contratado, frustrando uma expectativa legítima do consumidor, conforme dispõe o artigo 18 do CDC. Diferentemente da responsabilidade do fato do serviço ou do produto, em que o vício é externalizado, atingindo a saúde e a segurança do consumidor, conforme disposto no artigo 12 do CDC, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ou seja, independente de culpa.

Contudo, quanto à utilização de sistemas de Deep Learning, no tocante à responsabilidade civil dos fornecedores sobre o produto ou serviço de sistemas de inteligência artificial, há a possibilidade de que os sistemas tomem decisões autônomas que até mesmo não foram programados para tomar. Tais decisões devem ser observadas dentro de um patamar de previsibilidade das ações que deveriam ou poderiam ser realizadas, conforme a finalidade para a qual tais sistemas foram criados e programados.

É necessário destacar que, para configurar um caso do produto ou do serviço envolvendo questões relativas à inteligência artificial, não há como argumentar no sentido de que as decisões dos algoritmos devam ser perfeitas, visto que há o próprio risco da utilização de um equipamento em desenvolvimento. Assim, deve-se esperar que o sistema de inteligência artificial atue conforme os parâmetros de acordo com os quais foi programado, como o carro autônomo, que dentro dos critérios de razoabilidade pode acabar se envolvendo em acidentes de trânsito.

Nesses casos, as decisões do algoritmo que resultaram no acidente não podem ser equiparadas a um defeito do sistema que esteja dentro do patamar da previsibilidade e normalidade em relação a esses produtos, não podendo sendo possível atribuir a responsabilidade ao fornecedor (ROBERTO; CÂMARA, 2018). Diferentemente, caso o carro autônomo não respeite os limites de velocidades e sinalizações de trânsito, avançando as placas de “pare” e os semáforos, não reconhecendo os limites da rua, avançando sobre a calçada atropelando diversos pedestres

em alta velocidade, se jogando de pontes ou viadutos, deve-se considerar que tais situações não se adequam ao juízo de razoabilidade e previsibilidade que se espera de um veículo autônomo, devendo configurar o fato do produto ou do serviço.

Ademais, tais conceitos de normalidade e previsibilidade já são adotados pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do REsp 1.599.405, de Relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze (BRASIL, 2017). Foi delimitado que normalidade corresponde ao fato de que os produtos ou os serviços devem ser naturalmente perigosos. A natureza do produto e a forma normal de fruição ensejam um risco para o consumidor, que deve ser devidamente informado a respeito disso, conforme é disposto no art. 8º do CDC. Já a previsibilidade significa que o consumidor deve estar ciente da periculosidade do produto ou do serviço, tendo sido adequadamente informado acerca da forma correta de utilização e advertido dos riscos a serem suportados. O dever de informação do fornecedor está expressamente estabelecido pelo artigo 9º do Código de Defesa do Consumidor.

4 Metodologia

A metodologia adotada nesta pesquisa corresponde ao método hipotético-dedutivo, o qual consiste na eleição de hipóteses que possuam uma viabilidade em responder a um determinado problema de pesquisa. Elegendo as hipóteses, é buscado o falseamento entre elas, de modo a comprová-las ou refutá-las.

Dessa forma, o problema científico estabelecido foi a capacidade de vigência a respeito das normas de responsabilidade dos fornecedores no que diz respeito aos vícios do produto ou do serviço e do fato do produto ou do serviço em casos de relações de consumo cujo objeto trate de Inteligência Artificial.

Nesse sentido, as hipóteses se alinhavam à ideia de que não haveria como estabelecer a responsabilidade dos fornecedores, uma vez que, com a utilização de mecanismos de Deep Learning, poderia haver atos de inteligência artificial que não poderiam ser previstos por seus criadores. Contudo, essa hipótese não logrou êxito, uma vez que, mesmo que os algoritmos possam tomar decisões não previstas anteriormente, eles ainda se submetem ao

juízo de razoabilidade e previsibilidade do produto colocado no mercado perante as expectativas do consumidor.

5 Resultados

Conclui-se, com a presente pesquisa, que os avanços da ciência e da tecnologia em relação aos sistemas de inteligência artificial realizados em menos de 100 anos de estudos apresentam resultados fascinantes, os quais já possuem aplicação rotineira no cotidiano moderno, e que comprando à época em que iniciados eram tratados como objeto da indústria de filmes de ficção científica.

No que diz respeito à responsabilidade civil dos atos autônomos de inteligência artificial na cadeia de consumo, mesmo que haja possibilidade de os sistemas de inteligência artificial tomarem decisões autônomas – que até mesmo não foram programadas pelos seus criadores –, tais atos devem ser observados dentro de um patamar de previsibilidade e razoabilidade das ações que deveriam ou poderiam ser realizadas, conforme a finalidade para a qual tais sistemas foram criados e programados.

Dessa forma, quanto aos casos de fato do produto, todos os sujeitos elencados no artigo 12 do CDC poderão ser solidariamente responsabilizados, inclusive o programador, uma vez que resta estabelecida nos casos de tecnologias de inteligência artificial que sejam compostas de hardware e software. Por fim, quanto ao fato do serviço, há a possibilidade de responsabilização solidária, considerando todas as espécies de fornecedor, conforme o exposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Referências bibliográficas

ALEXA. Realizando Compras Sem Autorização. 2017. **The Verge**. Disponível em: <https://www.theverge.com/2017/1/7/14200210/amazon-alexa-tech-news-anchor-order-dollhouse>. Acesso em: 15 out. 2019.

BARTON, Benjamin H; BIBAS, Stephanos. Rebooting Justice: **More Technology, Fewer Layers and the Future of Law**. Nova York: Encounter Books, 2017, p. 111

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.599.405. Terceira Turma, Relator Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em. 17/04/17. **Lex:** jurisprudência.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.010.834-GO. Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em. 03/08/10. **Lex:** jurisprudência.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura.** Tradução: Roneide Venancio Majer. Vol . 19ª edição. Rio de Janeiro / São Paulo. Paz e Terra, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze: **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil:** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAWGEEEX. Inteligência Artificial vence 20 Advogados em Teste de Revisão de Contratos. **Tecmundo** 2018, Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/software/127721-inteligencia-artificial-vence-20-advogados-teste-revisao-contratos.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

MOORE, Gordon E. **Cramming More Components Onto Integrated Circuits.** Electronics Magazine, n. 8, p. 33-35, abr 1965.

MULLER, Vincent C. BOSTROM, Nick. **Future Progress in Artificial Intelligence. A Survey of Expert Opinion, in Fundamental Issues of Artificial Intelligence.** IN: MULLER, Vincent C. (ed) Fundamental Issues of Artificial Intelligence. Synthese Library; Berlin; Springer, 2016, p 553-571.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/bebel10/curso-de-direito-do-consumidor-7-edicao-2012-rizzatto-nunes-46562616>. Acesso em: 15 out. 2019.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi da. **A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial:** notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. Artigo publicado na revista brasileira de políticas públicas, v. 07, n. 03, Dez 2017. Disponível em:<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4951/3643>. Acesso em: 15 out. 2019.

ROBERTO, Enrico; CAMARA, Dennys. **Danos causados por carros autônomos.** Publicada no portal Revista JOTA, em 06 abr 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/danos-causados-por-carros-autonomos-06042018>. Acesso em: 15 out. 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio Eletrônico - Conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil.** São Paulo. Saraiva. 2015.

UBER. Acidente fatal envolvendo carro autônomo da Uber. 2018. **TecMundo.** Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/mobilidade-urbana-smart-cities/137407-acidente-fatal-uber-recebe-aval-testar-carros-autonomos-ruas.htm> Acesso em: 15 out. 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **A Análise Econômica Do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça.** São Paulo. Thompson Reuters Brasil, 2019

A charge eletrônica e a política contemporânea

Fernanda Schwertner¹

Resumo

Pretende-se, com o presente trabalho, demonstrar que, com base na Teoria do Agir Comunicativo de Habermas e com o advento da Sociedade da Informação, a função da charge eletrônica na política é a de facilitar a compreensão, por parte do cidadão, das informações públicas prestadas pela Administração Pública, em seus três poderes, bem como do que está ocorrendo no país com relação ao governo – economia, educação, entre outros –, promovendo o diálogo entre sociedade, governo e Administração e, ainda, auxiliar no exercício da cidadania, em atos de fiscalização praticados pelos referidos entes públicos. O debate se apresenta na esfera dos direitos comunicativos, na qual a mídia possui o potencial de transpor a ação face a face, criando redes de comunicação simultâneas com conteúdos advindos de diferentes setores sociais, além das ações, interações, trocas de ideias e experiências no ciberespaço. Nesse contexto, deve-se perguntar: Qual é a função desempenhada pela charge eletrônica na política contemporânea? Para se chegar à resposta do problema, será utilizado o método dedutivo, realizando-se pesquisa bibliográfica tanto em livros impressos como em sites da Internet que tratam do conteúdo abordado. Posto isso, busca-se, em um primeiro momento, conceituar a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas. Já num segundo momento, procura-se conceituar a charge, explicar qual é o seu objetivo e diferenciar a charge jornalística da charge eletrônica. Por fim, planeja-se demons-

1 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestranda na linha de pesquisa de Constitucionalismo Contemporâneo pela UNISC. Possui Bolsa BIPPS Edital 2019/1. Participa do grupo de pesquisas Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação, o qual é coordenado pelo professor Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo. E-mail: feschwertner@hotmail.com.

trar a função desempenhada pela charge eletrônica na política contemporânea.

Palavras-chave: Administração Pública. Agir comunicativo. Charge eletrônica. Internet. Política.

1. Introdução

Caminha-se, hoje, por mais uma das transições sociais que transformam a sociedade ao longo dos tempos. As mudanças passam pelo seu modo de agir, pensar, relacionar-se. Ainda, essa evolução atinge os dispositivos que propuseram e/ou fizeram parte de tais modificações. Entende-se, então, que muitas das transformações sociais, como a utilização da Internet, das redes sociais, está diretamente ligada às transformações tecnológicas das quais a sociedade se apropria para se desenvolver e se manter.

O autor Jürgen Habermas buscou evoluir, abandonando o paradigma racional, criando a teoria do agir comunicativo que pressupõe um modelo de agir orientado para o entendimento mútuo, no qual os atores buscam harmonizar internamente seus objetivos e ações com o acordo existente ou a ser negociado, sobre a situação e as consequências esperadas, o que deverá ser alcançado por meio da comunicação. (HABERMAS, 1989)

A comunicação foi e continuará sendo o elo mais importante da evolução humana. O ser humano, desde a sua origem, necessita se comunicar, e não apenas o faz com a comunicação verbal, ele se comunica fazendo uso de todos os métodos capazes de influenciar a mente humana. É por meio da comunicação que o ser humano adquire a informação, a qual lhe é exigida juntamente com a transformação, tendo em vista que esta diz respeito à sociedade e à história.

As charges são consideradas por alguns doutrinadores como um dos gêneros do discurso jornalístico, tendo em vista que o jornal foi, e ainda é, um importante meio de circulação desta modalidade textual, reproduzindo atitudes e acontecimentos de certa relevância histórica e até apresentando críticas a respeito dos fatos que ocorrem na sociedade.

O acelerado desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação, principalmente as formas de comunicação mediadas pelo computador, propiciaram o surgimento de novos processos de interação, dentre eles, as chamadas charges eletrônicas.

Refere-se que a Internet pode aproximar as pessoas, podendo, inclusive, coligar os políticos a seus eleitores, bem como fazer chegar aos cidadãos as informações necessárias para exercerem o seu poder de fiscalizar os atos da Administração Pública.

Dada essa contextualização inicial, faz-se o seguinte questionamento: Qual a função desempenhada pela charge eletrônica na política contemporânea?

Para se poder formular uma resposta convincente, em um primeiro momento, pretende-se conceituar a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, vinculando-a com a Sociedade da Informação. Na sequência, far-se-á abordagem da charge eletrônica para, então, proceder-se à análise da relação entre a charge eletrônica e a política contemporânea.

2. Objetivos

O objetivo do estudo é demonstrar que a inovação tecnológica, ocorrida por meio da internet e das charges eletrônicas, pode fazer chegar aos cidadãos as informações necessárias para exercerem o seu poder de fiscalizar os atos da Administração Pública.

3. Metodologia

Para o desenvolvimento do presente trabalho, será realizada a pesquisa bibliográfica, tanto em revistas e livros impressos como em sites relacionados ao conteúdo pesquisado. O método será o dedutivo.

4. Fundamentação

Jürgen Habermas buscou enfrentar questões apresentadas por Weber, Adorno e Horkheimer nos processos de racionaliza-

ção societária. Para Habermas, a análise das ideias desses autores chega a um impasse, visto que eles trabalham com um conceito restrito de razão. Em virtude desse fato, eles confundem o processo de modernização capitalista, o qual é embasado na razão instrumental, como sendo a própria racionalização societária. Agindo assim, confundindo racionalidade do sistema com racionalidade da ação, esses autores só conseguiram situar a espontaneidade livre de retificação em poderes irracionais, como o carisma, no caso de Weber, a arte, para Adorno, e o amor, para Horkheimer.

Para sair desse impasse, Habermas propõe um salto paradigmático: abandona o protótipo da consciência a que os citados autores se encontravam presos em prol de um novo modelo, o da comunicação.

Pode-se afirmar que a importância da teoria habermasiana na Escola de Frankfurt surge a partir da década de 1960. Por meio dos estudos de Habermas, que se insere na segunda geração da escola, ressalta-se uma abordagem que se diferencia dos pensamentos, das ideias dos representantes da primeira geração: Adorno, Horkheimer e Weber. Embora apresente um desdobramento dos diálogos e dos debates propostos por esta primeira geração da teoria crítica, Habermas propõe uma leitura da razão e dos sujeitos da razão, tomando um caminho um tanto diferenciado desta perspectiva inicial. (OUTHWAITE; BOTTO-MORE, 1996)

A Teoria do Agir Comunicativo define o agir como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo, ou seja, é o iniciador, o qual domina as situações por meio de ações imputáveis e, também, é o produto dos grupos solidários de que participa e dos processos de socialização nos quais se cria (HABERMAS, 1989). Ainda, a teoria da ação permite verificar o comportamento dos aspectos morais da vida social em conexão com a descentralização da compreensão do mundo e o funcionamento das estruturas das interações. Assim, o agir comunicativo permite a formulação de uma reconstrução dos estágios de interação. Esses, por sua vez, podem ser descritos como o fundamento nas estruturas de perspectivas que se encontram implementadas, conforme o caso, em diferentes tipos de agir. (HABERMAS, 1989)

Complementa-se: conforme a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, a mídia possui o potencial de transpor a ação face a face, criando redes de comunicação simultâneas com conteúdos advindos de diferentes setores sociais. Além disso, a mídia disponibiliza a mensagem em amplas escalas espaço-temporais, fazendo com que o público não só participe desse espaço como também preserve um campo de relações. De acordo com Habermas, além do corpo físico, são indispensáveis as ações, interações, troca de ideias e experiências. O ciberespaço é permeado por práticas sociais e a materialidade das relações humanas codifica-se na linguagem, evidenciando a importância desta ferramenta, dando ao público o poder de interação que dispensa o contato presencial. (HABERMAS, 1997)

Além disso, a teoria do discurso, ao agregar processos de entendimento democráticos, concretiza-os por meio de procedimentos das esferas públicas, construindo arenas nas quais se pode promover uma formação racional da opinião sobre assuntos importantes para a sociedade e dependentes de regulamentação. Desta forma, o fluxo de comunicação que se movimenta entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas assegura a transformação do poder gerado comunicativamente. (HABERMAS, 1997)

Partindo-se da teoria de Habermas, pode-se dizer que a Internet não só revolucionou positivamente a sociedade, facilitando a vida em geral, como também se tornou um espaço para comunicação, política, economia e democracia, local para a realização do ser humano, participação e interação cívica, onde ainda é possível ter diversão, lazer, ócio, contatos pessoais, profissionais, exercício de liberdade de expressão.

Com efeito, na Comunicação e na Ciência da Informação, entre outras áreas do conhecimento, é aberto o caminho para se pensarem as novas formas, dinâmicas da circulação da informação e do conhecimento, enquanto aspectos econômicos, políticos, legais, culturais, sociais e tecnológicos afetam essa realidade de alcance global e são afetados por ela. (FERREIRA, 2014)

Deve-se esclarecer que a palavra charge é proveniente de caricatura, que tem sua origem semântica no verbo italiano *caricare*, que significa carregar – no sentido de acentuar,

exagerar – e corresponde a ridicularizar, criticar, satirizar. No idioma francês, é utilizado o termo *charge*, traduzido por carga, ataque, exagero. O Brasil adotou o sinônimo francês da palavra caricatura (*charge*) numa vinculação íntima com a imprensa, como uma sátira gráfica a um acontecimento político que, com seu poder de sedução, tornou-se um instrumento eficaz de persuasão do público leitor. (QUADROS, ZUCCO, 2010)

As charges, desde seus primórdios, fazem referência aos acontecimentos que ocorreram nas diversas áreas da sociedade – econômica, política, futebol – com o objetivo de apresentar o fato por meio de um enunciado conciso, de fácil compreensão e que, ao mesmo tempo, seja capaz de dialogar, remeter o leitor a um assunto ou tema em destaque naquele momento. Ainda, são marcadas pelo conteúdo opinativo crítico, pretendendo despertar na sociedade a consciência crítica com relação ao poder político, à vida social e cultural. (RASLAN, 2013)

De acordo com o Dicionário de Comunicação, a charge é “um cartum cujo objetivo é a crítica humorística imediata de um fato ou acontecimento específico, em geral de natureza política” (BARBOZA; RABAÇA, 2001). Seguindo nesse trilho, existem fotógrafos e desenhistas que documentam a dura realidade pela imagem, inserindo nos jornais sua opinião de forma bastante peculiar. Pode-se dizer que o que antes fazia parte de uma obra literária que trabalhava com tolices, estupidez, atualmente corresponde a ataques em jornais, por meio de desenhos, fotografias, incluindo textos escritos. (BELTRÃO, 1980) Afirma-se que esta forma de comunicação, ao mesmo tempo em que provoca o riso, traz informação e opina.

As charges são consideradas por alguns doutrinadores como um dos gêneros do discurso jornalístico, tendo em vista que o jornal foi, e ainda é, um importante meio de circulação dessa modalidade textual que reproduz atitudes e acontecimentos de certa relevância histórica, criticando-os. A charge possui o poder de fazer uma revelação surpreendente em um local comum como é o jornal, ou seja, trata de uma forma diferente um fato do qual já se possuía informações, causando surpresa no espectador. A charge promove uma desconstrução da imagem, não retirando a credibilidade do material noticioso. Funciona como um local de

construção e desconstrução da política, bem como de explosão de um sentido escondido. Ainda, ela é um lugar de rememoração, já que pode fazer, e normalmente faz, referências cruzadas. (BEZERRA, 2013)

Nessa perspectiva, o humor contido nas charges, para ser entendido, necessita de que o leitor, além de ser capaz de interpretar, possua o domínio do código linguístico, bem como consiga contextualizar o fato. O chargista procura expressar o sentimento do público sobre determinado contexto fático na charge, sendo essa uma manifestação de valores significantes que não possuem outra forma de serem expressos. (RASLAN, 2013) Ou seja, um dos traços mais marcantes da charge é a ironia, que tem como função criticar, impressionar e provocar o humor. (QUADROS; ZUCCO, 2010)

Uma das características fundamentais do gênero charge é a contundente crítica social. A crítica advinda da linguagem humorística é carregada de elementos que fogem ao padrão das argumentações mais frias e racionais por se tratar, também, de elemento lúdico. Isso permite ao humor contrapor-se aos elementos psicológicos daquilo a que se opõe. (BAKHTIN, 1993)

Ainda, é importante para a construção de uma linguagem do humor a presença do ridículo no discurso das obras cômicas. (FERREIRA, 2009) O ridículo, que também está associado a um aspecto distorcido da realidade, dentro das produções humorísticas, difere-se do que extrapola por estar intimamente ligado às ações humanas. (NEREA, 1941) As distorções das ações humanas eram o material na produção do ridículo, bem como dos efeitos cômicos produzidos pela ridicularização, os quais ganhavam variações conforme a pluralidade cultural, social, política e econômica. (FERREIRA, 2009)

O senso de humor do cartunista, por meio do humor despertado pela charge, cria um caminho comunicativo entre o interlocutor e o autor da ideia transmitida, relação essa em que os aspectos irão variar de acordo com os objetivos, o conhecimento prévio e os elementos socioculturais em que tanto o autor quanto o apreciador da obra se encontram inseridos (ZILLES, 2003) e, assim, não apenas expressando determinado sentimento, mas provocando igual ocorrência em outros indivíduos, numa

relação de empatia, característica presente na composição do humor como forma de oposição. (FERREIRA, 2009)

O acelerado desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação, principalmente, as formas de comunicação mediadas pelo computador, propiciaram o surgimento de novos processos de interação. No entanto, tais processos nem sempre se apresentam de forma totalmente inédita, sendo, geralmente, adaptações ou reconfigurações de formas convencionais de comunicação. No caso das chamadas charges eletrônicas, um dos chargistas que passou a utilizá-las foi Maurício Ricardo, criador do site "charges.com.br". Aí, percebe-se que elas são produzidas com base nos mesmos objetivos das charges jornalísticas convencionais, quais sejam aqueles decorrentes da crítica social por intermédio do humor. (MAGALHÃES, 2006)

O elemento determinante da charge eletrônica é a instauração de um novo suporte material e, por conseguinte, a mudança em seu meio de circulação. Sabe-se que as charges convencionais têm por suporte o jornal. Tal fato determina, entre outras coisas, os possíveis leitores deste tipo de texto. Sua transposição para a Internet transforma o universo virtual de leitores, agregando-lhe novos elementos e excluindo outros. Inicialmente, a charge publicada em meio eletrônico parece aproximar-se mais do público adolescente e jovem, nem sempre formado por leitores típicos das charges convencionais. (MAGALHÃES, 2006)

Pode-se afirmar que as charges eletrônicas veiculadas pela Internet manifestam um posicionamento socioideológico do sujeito chargista a respeito de um fato ocorrido na sociedade, o qual pode ser referente ao futebol, à economia, à política, etc., desempenhando, assim, função semelhante à da charge jornalística. Não se pode dizer, no entanto, que se tratem de práticas discursivas exatamente idênticas, pois as relações e coerções decorrentes do ambiente virtual diferem daquelas que ocorrem quando se tem por portadores jornais e/ou revistas. (ORLANDI, 2001)

Dessa forma, ainda que haja, entre a charge jornalística e a charge eletrônica, uma semelhança quanto à função social, existem diferenças relevantes quanto às práticas discursivas que as

constituem, o que não impede que ambas veiculem posições derivadas de uma mesma formação discursiva. (ORLANDI, 2001)

A sociedade transita, atualmente, no que se denomina Era Digital. Os computadores ocupam espaço de extrema importância no atual modelo de sociabilidade, sendo utilizados em todas as áreas da sociedade: comércio, política, serviços, entretenimento, informação, relacionamentos. Os resultados desse processo são visíveis, e essas transformações alteraram o cenário social, objetivando a melhoria e a facilitação da vida e das práticas dos indivíduos.

No cenário de midiaticização da sociedade, a Internet configura-se como uma nova forma de interação social viabilizada pelo desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação. Ela é um meio de organização social, é o tecido da sociedade, o novo coração de um paradigma sociotécnico que constitui, na realidade, a base material da vida e das formas de interação, de trabalho e de comunicação. A Internet processa a virtualidade e a transforma em realidade, estabelecendo a sociedade em rede, que é a sociedade em que se vive. (CASTELLS, 2003)

No atual âmbito político, não existe partido que não possua endereço virtual próprio. A Internet tem a finalidade de criar espaços de interação com a sociedade, o que é denominado por muitos autores como “democracia virtual” ou “ciberdemocracia”. Esse ambiente midiático é uma forma de os políticos manterem relações com eleitores e com a mídia, bem como de tornarem mais visíveis e transparentes as atuações da esfera política. Ainda, na rede é permitido um cenário de livre troca de opiniões, debates, questionamentos e interações, ocorrendo um fortalecimento do processo democrático. (MARTINS, 2006)

A charge política, mediante suas imagens ilustrativas e seu humor, poderá ser uma ferramenta facilitadora da compreensão, por parte do cidadão, das informações públicas prestadas pela Administração Pública, no âmbito dos seus três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, o que facilitará o diálogo entre sociedade, governo e Administração, bem como o exercício da cidadania em fiscalizar os atos praticados pelos referidos entes públicos.

O humor nas charges está a serviço da agressão, já que critica um fato, um acontecimento do cenário político atual. Esse humor contido no discurso das charges é produzido com a intencionalidade de provocar o riso, mas, sobretudo, quer criticar, indiretamente, aqueles que a sociedade democrática colocou no poder, os políticos eleitos. Por meio das charges, os atores sociais surgem como alvo da crítica, como alvo de uma verdade subjetiva construída para os fins a que se propõem.

Sabe-se que o humor político é transitório, tendo em vista que explora características de determinados políticos ou de períodos da história pelos quais passa um governo ou país, além de focar temas atuais, como desvios morais e éticos que giram em torno do universo social. Enfim, o sério não pode trazer a verdade, mas o humor, relativizando os fatos, deslocando as certezas, acaba pluralizando leituras da sociedade. (ADGHINI, 2011)

O humor de cunho político não deixa de se ater a essa característica, mas vincula a ela, também, a crítica social. Esse humor não tem o único fim de fazer rir, mas persegue, também, outros alvos, como levar o leitor à consciência do fato, à reflexão, à crítica e, em algumas situações, à persuasão. Pode-se dizer que a leitura de charges se desenvolve em dois momentos, inclui a percepção concomitante de duas máscaras, a da seriedade/autoridade e a da ridicularização, simultaneidade de movimentos opostos, mas justapostos, que possibilitam um riso de zombaria sobre nossa atualidade social, política e econômica. (QUADROS; ZUCCO, 2010)

Este tipo de humor é mais danoso do que aparenta, pois ingressa no seio da grande massa, tentando se comunicar com ela de forma aberta, simples e, ao mesmo tempo, discreta e complexa. Envolve a sociedade em um jogo de esconde-mostra, por meio da linguagem que a charge utiliza incluindo ilustrações, o que permite ao leitor a identificação de um problema social camuflado por jogos de palavras e ideias. (FERREIRA, 2009)

A charge, como um gênero cômico, utiliza o riso, a sátira e o deboche para transformar-se em uma expressão de crítica ao poder e aos costumes vigentes na política, já que esta é algo sério.

Sabe-se, também, que o poder de influência de uma imagem é grande, pois, dependendo de sua constituição, enquadramento, resultará num efeito ou em outro. Ainda, a imagem contém um poder forte de comunicação, sedução e de persuasão. Daí a necessidade de ser desenvolvida a análise crítica da sociedade. O conteúdo da imagem apresentada na charge deve ser visto como meio e não como fim. Ela deve levar a sociedade a refletir sobre o que está acontecendo no processo social global, despertando a consciência crítica de seus indivíduos. (GUARESCHI; BIZ, 2005)

Sendo assim, é necessário aprender a ler as imagens de forma adequada, desenvolvendo um sentido crítico de análise. O reconhecimento de uma mensagem deve vir acompanhado de interpretação, já que a comunicação implica em realidades de participações, promovendo o progresso, a cultura. (GUARESCHI; BIZ, 2005)

Dessa forma, a complexa relação de sentidos engendrados pelas charges políticas eletrônicas vai muito além da provocação do riso, das metáforas, ironias e sátiras, uma vez que aquilo que é camuflado pela política salta aos olhos à medida em que critica, questiona e desvenda a realidade de quem se torna objeto de riso.

5. Conclusão

A abordagem aqui realizada pretendeu provocar uma reflexão inicial sobre o questionamento que se formulou: Qual a função desempenhada pela charge eletrônica na política contemporânea?

Tomando-se por base a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, pode-se asseverar que a Internet não só revolucionou positivamente a sociedade, facilitando a vida em geral, como também se tornou um espaço para comunicação, política, economia e democracia, local para a realização do ser humano, participação e interação cívica, onde ainda é possível ter diversão, lazer, ócio, contatos pessoais, profissionais, exercício de liberdade de expressão.

Ainda, foi possível perceber com clareza que, com o advento da Sociedade da Informação, a Internet, configurando-se

como uma nova forma de interação social viabilizada pelo desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, facilitou e aproximou o contato entre as pessoas, bem como entre os políticos e os eleitores.

O acelerado desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação, principalmente as formas de comunicação mediadas pelo computador propiciaram o surgimento de novos processos de interação, dentre eles, as chamadas charges eletrônicas. Essas são produzidas com base nos mesmos objetivos das charges jornalísticas convencionais, quais sejam os decorrentes da crítica social por intermédio do humor.

A charge política, por meio de suas imagens ilustrativas e de seu humor, poderá ser uma ferramenta facilitadora da compreensão, por parte do cidadão, das informações públicas prestadas pela Administração Pública, bem como do que está ocorrendo no país com relação ao governo – economia, educação, entre outras áreas –, o que facilitará o diálogo entre sociedade, governo e Administração, e ainda do exercício da cidadania em fiscalizar os atos praticados pelos referidos entes públicos.

Conclui-se que a função desempenhada pelas charges políticas eletrônicas vai muito além da provocação do riso, das metáforas, ironias e sátiras, uma vez que aquilo que não é visto pelos cidadãos salta a seus olhos por meio de imagens, figuras com forma de deboche, sátira, alertando-os para exercerem a cidadania por meio da fiscalização dos atos da Administração Pública.

Referências

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

ADGHIRNI, Z. L.; GIRALDI, R. **O escândalo do mensalão: o humor como gênero jornalístico.** Disponível em: http://sbpjour.kamotini.kingghost.net/sbpjour/admjour/arquivos/9encontro/CL_141.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

BAKHTIN, M. **A cultura popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais**. Tradução de Yara Frateschi Vieira. 2. ed. São Paulo-Brasília: EDUNB, 1993.

BELTRÃO, L. **Jornalismo Opinativo**. Porto Alegre: Sulina, 1980.

BEZERRA, H. D. **Cobertura jornalística e eleições majoritárias**. Disponível em: http://doxa.iesp.uerj.br/artigos/tese_heloisadias.pdf. Acesso em: 12 out. 2018.

CASTELLS, M. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2003.

FERREIRA, D. A. **O humor como resistência ao controle social autoritário no Brasil pós-1964: reflexões sobre imprensa**. Disponível em: http://www.uel.br/grupo-estudo/processocivilizadores/portugues/siteanais12/artigos/pdfs/comunicacoes/C_Ferreira2.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

FERREIRA, R. da S. **A sociedade da informação como sociedade de disciplina, vigilância e controle**. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_sociedade_da_informacao_como_1.pdf. Acesso em: 18 mar. 2019.

GUARESCHI, P. A.; BIZ, O. **Mídia & democracia**. 2. ed. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

HABERMAS, J. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

MAGALHÃES, A. P. **Sentido, História e Memória em Charges Eletrônicas do Governo Lula: os domínios do interdiscurso**. UEM (Dissertação de Mestrado), Maringá, 2006.

NEREA, J. G. **Freud, o chiste e o inconsciente**. Rio de Janeiro: Calvino, 1941.

NUNES, L. F. **Quando o direito à comunicação é ultrapassado**. In: BOFF, Salete Oro; REDIN; REIS, Jorge Renato (Org.). Passo Fundo: IMED, 2011, p. 141-49.

ORLANDI, E.P. **Discurso e texto: formulação e circulação dos sentidos**. 4. ed. Campinas: Pontes, 2001.

QUADROS, C., ZUCCO, F., & MORETTI, S. (2010). **Com a palavra, a charge: entre o jornalismo, a política e a arte. Comunicação & Informação**. 12(2), 48-62. <https://doi.org/10.5216/c&i.v12i2.1226>.

RABAÇA, C.S.; BARBOSA, G. G. **Dicionário de comunicação**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

RASLAN, E. M. S. **Humor na charge mineira**. Disponível em: <http://marcadefantasia.com/imaginario/imaginario-4/eliane.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

ZILLES, U. **O significado do humor**. Revista FAMECOS, nº 22. Porto Alegre, 2003.

A responsabilidade civil dos atos causados pela inteligência artificial e a necessidade de regulamentação¹

Civil responsibility by acts caused by artificial intelligence and need for regulation

Sílvia Levenfus²

1 Tema

Este trabalho se propõe a discutir se o uso das normatizações existentes para uma possível responsabilização civil dos atos causados pela inteligência artificial é suficiente ou se há necessidade de criar uma nova base legal.

2 Problema

O Direito está em constante mudança. Nesse sentido, destaca-se a volátil, mas não repentina, evolução tecnológica – mais conhecida como Revolução Industrial 4.0 – que assola nossas relações pessoais. Diante de tal quadro, são necessárias alterações legislativas, de forma a conferir direitos e limites a todas as situações passíveis de ocorrer.

A inteligência artificial (também chamada de AI – artificial intelligence) não é mais um elemento novo em nosso cotidiano. Pelo contrário, ela se encontra em abundância à nossa volta diariamente, inserida em dispositivos telefônicos, eletrônicos, aplicativos, chatbots, assistentes virtuais, sites, redes sociais, etc.

1 Pesquisa desenvolvida ao longo dos encontros do Grupo de Pesquisa “Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, coordenado pela Professora Doutora Cristina Stringari Pasqual.

2 Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Email: silvialevenfus@gmail.com

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a inovação traz inegáveis benefícios, ela traz consigo o medo do novo. É evidente o temor e, ao mesmo tempo, o encantamento quando essa tecnologia é em forma hardware, ou seja, visível. Ainda mais quando em forma robótica. Ela causa mais ainda essas emoções quando tem forma humana, mais conhecida como humanóide.

Tendo em vista as incertezas que essa inteligência traz, a necessidade de medidas a serem tomadas é evidente. Contudo, como regularizar a situação dessa inovação se não se sabe como defini-la? Essas diversas indagações são necessárias para buscar uma solução.

É urgente apurar se as normatizações existentes podem ser utilizadas para regular o funcionamento e as possíveis falhas dessas tecnologias, ou se é necessária a criação de regulações. Nesse sentido, será exposta a normatização já existente na área, a Resolução do Parlamento Europeu sobre Direito Civil e Robótica, e as possíveis propostas de regulação que levem em consideração a responsabilização civil.

3 Hipótese

Inteligência artificial (IA)³⁴ nada mais é que um sistema que, analisando o ambiente, toma decisões para atingir certos objetivos. Tais escolhas são dotadas de certa autonomia e caracterizam um comportamento inteligente⁵. Há duas espécies de inteligência artificial: (i) puro software⁶, como reconhecimento de voz⁷, de face e assistentes de voz; e (ii) incorporada em dispositivos de hardware⁸, como os robôs avançados, carros autônomos e drones (EUROPEAN COMMISSION, 2018a).

3 Ao longo do trabalho, serão utilizadas as siglas IA (inteligência artificial) e AI (*artificial intelligence*).

4 A inteligência artificial seria, no âmbito da informática, a elaboração e o desdobramento de programas de computador capazes de simular o pensamento humano e, por consequência, reproduzir um comportamento inteligente (MICHAELIS, 2019).

5 O termo inteligência significa a “faculdade de entender, pensar, raciocinar e interpretar” (MICHAELIS, 2019). Já o comportamento inteligente da inteligência artificial seria observar o ambiente, interpretar os dados e raciocinar sobre eles e, então, decidir a ação preferível a tomar, de forma a atingir um objetivo (EUROPEAN COMMISSION, 2018b).

6 Entende-se como software a parte lógica do dispositivo, ambiente virtual.

7 Exemplo: um agendamento de voo por meio de um sistema de reconhecimento automático de fala e diálogo (RUSSEL; NORVIG, 1995).

8 Entende-se por hardware componentes físicos de um sistema eletrônico (OXFORD, 2019).

Para Karnow (2016), robô, em um contexto de software, pode ser designado como um grupo de algoritmos, sendo que, quanto maior e mais complexo for o grupo de algoritmos, maior a probabilidade de resolução de problemas, motivo pelo qual é chamado “inteligente”. Esse termo também pode ser utilizado porque o robô é integrado ao ambiente e com ele sintonizado, de maneira a alterar sua atividade mental em caso de mudanças no ambiente (autonomous robots by design are highly “porous”). Essa complexidade e imprevisibilidade do ambiente implica, por consequência, as mesmas características do robô⁹ (KARNOW, 2016, p.60).

No que tange à inteligência artificial em um contexto de hardware, ela não significa apenas a interação com o ambiente externo e a capacidade de realizar cálculos, sistematizar e classificar, mas, sobretudo, ter a semelhança de ações humanas autônomas (DONEDA, 2018).

Portanto, este trabalho delimitará o estudo da AI em forma de hardware, especificamente em relação aos robôs inteligentes. Dessa forma, é necessário explicar o conceito de “robôs” para viabilizar a análise que se propõe. A Resolução do Parlamento Europeu¹⁰ alerta sobre a necessidade de uma definição aceita de robô. Contudo, tal definição é complexa.

9 Esses robôs “porous”, que são adaptáveis e autônomos, realizarão ações imprevisíveis no mundo físico, não só com o intuito de cumprir as tarefas determinadas a eles, mas também a que eles mesmos se atribuíram (KARNOW, 2016).

10 A Resolução do Parlamento Europeu foi aprovada em 16 de fevereiro de 2017 e contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. Já na introdução do documento, alerta-se sobre a necessidade de criar uma definição de robô e de IA, mas que não seja rígida e, portanto, que não crie óbices ao avanço da inovação. A Resolução ainda prevê princípios gerais que devem ser utilizados para a construção normativa. Dentre eles, incluem-se as Leis de Asimov, que deve servir como base para criadores, produtores, operadores e, inclusive, para aqueles robôs que possuem autonomia integrada e autoaprendizagem. Além dos princípios gerais, a Resolução também faz considerações acerca da responsabilidade da robótica, trazendo à luz a necessidade de estabelecer uma categoria jurídica para os robôs ou verificar se podem ser encaixados em uma categoria já existente. Outrossim, tendo em vista a crescente autonomia do robô, é preciso discutir se as normas acerca de responsabilidade servirão ou se serão necessárias novas regras para determinar a sua responsabilização no âmbito jurídico, seja diante de ações ou omissões deste, (i) quando a responsabilização não puder ser atribuída ao homem e/ou (ii) o ato ou a omissão do robô poderia ter sido evitada. Igualmente, o documento traz considerações sobre os direitos de propriedade intelectual e circulação de dados, de forma que a legislação esteja em conformidade com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Diretiva 95/46/CE) e haja a proteção dos dados captados pelos robôs, evitando, assim, possíveis violações de privacidade.

Para Froomkin (2016) ainda não há um consenso acerca do que deve ser um robô. Contudo, o autor assevera que a maioria das pessoas entendem um robô como um objeto feito pelo homem, capaz de responder a estímulos externos e atuar sem necessitar de controle (direto ou constante) de um humano.

Segundo Lin, Abney e Bekey (2011), de forma intuitiva, pode-se dizer que robô é um computador com sensores e atuadores que viabilizam interações com o mundo externo. Contudo, com base nessa definição, estariam incluídos computadores conectados a impressoras ou que ejetam CDs, o que se mostra incompatível. Portanto, o autor (2011, p. 943) compreende robô como “an engineered machine that senses, thinks, and acts”. Nessa enseja, requer-se algum grau de autonomia ou a capacidade de pensar por conta própria, tomando decisões próprias, autônomas. Isto posto, autonomia em robôs significa a capacidade de operação no mundo físico sem qualquer forma de controle externo (LIN; ABNEY; BEKEY, 2011). Outrossim, conforme Russel e Norvig (1995), robô é um agente artificial ativo que se situa no mundo físico, excluindo rochas, animais e agentes totalmente constituídos por softwares. Para os autores (1995), robôs autônomos seriam aqueles que fazem decisões próprias.

De acordo com Richards e Smart (2016), robô é um sistema construído que aparenta apresentar atividade física e mental (“appear physical and mental agency”), embora não seja vivo no sentido biológico. Ainda, para eles (2016, p. 29), é uma máquina que “seems to make rational decisions about what to do”. É o conceito de robô definido por Richards e Smart (2016) que será utilizado como base para a elaboração do presente estudo.

Destaca-se que a Resolução do Parlamento Europeu alerta para a necessidade de criar uma definição comum para os robôs inteligentes, a qual deve levar em consideração determinadas características, quais sejam: autonomia, adaptabilidade e capacidade de aprendizagem – características inerentes à inteligência artificial. Desse modo, conclui-se que o conceito de robô utilizado é aquele que for alimentado pela inteligência artificial (excluindo-se robôs autômatos) e, por consequência dessa alimentação, apresente as características já mencionadas.

Contudo, na medida em que os robôs se tornam cada vez mais multifacetados, é progressiva a dificuldade de imaginar do que eles são capazes de fazer (ou não) no momento atual e no futuro, assim como é difícil saber onde eles serão usados¹¹, o que acarreta a dificuldade de criar legislações que abarquem todos os casos, assim como medidas protetivas aos consumidores (RICHARDS; SMART, 2016).

Richards e Smart (2016) questionam de que forma se legislará esse sistema, acreditando ser necessária a criação de analogias e metáforas para possibilitar tal esta normatização, o que afirmam ser complicado. Ademais, sinalizam que um erro grave ocorrerá caso o robô seja legislado com base em sua forma em vez de sua função. Isso porque, com a existência de robôs antropomórficos, haveria a possibilidade de diminuir a responsabilidade dos desenvolvedores.

Destaca-se que a Resolução do Parlamento Europeu (2017), embora seja uma recomendação apenas à Comissão Europeia para a construção de uma regulação, já serve como diretriz no assunto normativo¹². Primeiramente, de acordo com a Resolução, a responsabilidade civil deve ser resolvida a nível da União, no sentido de garantir a mesma segurança jurídica para todos os cidadãos, consumidores e empresas. Ademais, em caso de danos não patrimoniais, a norma jamais deverá restringir o tipo, a extensão da reparação ou a compensação, levando em consideração que o dano foi ocasionado por um não humano¹³ (EUROPA,

11 A Resolução do Parlamento Europeu (2017) enumera alguns exemplos: robôs de assistência, robôs médicos e meios de transporte autônomos.

12 Ainda que presentes as críticas acerca da concessão de uma personalidade eletrônica ao robô, como mencionado.

13 Nesse sentido, a Resolução, quando fez considerações iniciais sobre a responsabilidade, afirma: "Considerando que, ao abrigo do atual quadro jurídico, os robôs não podem ser responsabilizados por si só pelas ações ou omissões que causam danos a terceiros; considerando que as normas existentes em matéria de responsabilidade abrangem casos em que a causa subjacente à ação ou à omissão do robô pode ser atribuída a um agente humano específico, tal como o fabricante, o operador, o proprietário ou o utilizador, e em que o agente podia ter previsto e evitado o comportamento lesivo do robô; considerando que, além disso, os fabricantes, os operadores, os proprietários ou os utilizadores poderiam ser considerados estritamente responsáveis pelas ações ou omissões de um robô"; AE: "Considerando que, nos termos do atual quadro jurídico, a responsabilidade pelo produto – segundo a qual o fabricante de um produto é responsável por uma anomalia – e as normas que regem a responsabilidade por ações prejudiciais – segundo as quais o utilizador de um produto é responsável por um comportamento que provoque prejuízos – são aplicáveis aos danos causados pelos robôs ou pela IA".

2017). Segundo, a Resolução aduz igualmente que, no quadro atual, somente um humano poderia responder por um dano do robô.

Ainda, o nível dessa responsabilização deve levar em conta, qualitativa e quantitativamente, as instruções dadas e o nível de autonomia, “de modo a que quanto maior for a capacidade de aprendizagem ou de autonomia de um robô, e quanto mais longa for a <<educação>> do robô, maior deve ser a responsabilidade do <<professor>>” (EUROPA, 2017, p.14).

Evidentemente, a escolha pelo Parlamento Europeu pela responsabilidade objetiva do sujeito melhor designado para ser o garantidor dos atos do robô (PIRES; SILVA, 2017). Nesse mesmo sentido, é cristalina a impossibilidade de o robô ser culpado pelos danos, na medida em que sequer teria os meios materiais para tal. Assim, por ora, a responsabilidade deve ser atribuída a uma pessoa (BARBOSA, 2017).

Outro aspecto pertinente a presente discussão é que o documento sugere as seguintes alternativas à Comissão regulamentar como possíveis soluções jurídicas aos danos causados pelos robôs: (i) criação de regime de seguro obrigatório; (ii) fundos de compensação; (iii) fundo geral ou individual e/ou pagamento de taxa; (iv) registro individual e (v) estatuto jurídico, reconhecendo os robôs como pessoas eletrônicas e com personalidade jurídica.

No que tange à alternativa que prevê a criação de fundos de compensação, ela não parece ser a melhor solução, uma vez que um fundo que não atuar subsidiariamente sempre acabará exterminando a responsabilização e, conseqüentemente, a própria necessidade de propor solução para o ocorrido (BARBOSA, 2017).

No Brasil, resoluções ou regulamentações acerca da robótica¹⁴ e da inteligência artificial ainda são ausentes, seja pela falta de conceitos, de limites ou de conseqüências. Contudo, Engel-

14 Destaca-se a aprovação no Brasil, em 2015, pela Comissão de Finanças e Tributação do Projeto, da Lei 1592/11, que proíbe o uso de robôs no pregão eletrônico. Isso não se deu em virtude de prejuízo ao Poder Público, mas de forma a assegurar a igualdade de concorrência nesta modalidade licitatória. Isso porque, além de nem todas as concorrentes possuírem um robô para esse fim, se tivessem, seria muito provável que haveria um mais desenvolvido que outro (BRASIL, 2011). Ressalta-se que o projeto não conceituou o termo robô.

mann (2018) desenvolveu observações sobre a necessidade de normatizar as nanotecnologias e, apesar de parecer um tema distante, os seus apontamentos podem funcionar, igualmente, como base à robótica. Nesse contexto, o autor defende a necessidade de o Direito desenvolver, criativamente, “fórmulas regulatórias não legislativas ou autorregulatórias” (ENGELMANN, 2018, p. 454). No entanto, existe uma enorme dificuldade para tal, em virtude da existência de questionamentos para os quais, talvez, ainda não se tenha resposta.

Diante de tal, ENGELMANN et al (2015) referem a necessidade de ultrapassar as regulações tradicionais positivistas legalistas¹⁵, posto que elas não conseguiriam acompanhar a velocidade dos avanços tecnológicos. Salienta-se que o ponto de vista de Wilson Engelmann (2018), em que pese ainda ausente no campo robótico, já se mostra presente nas nanotecnologias¹⁶, assim como na matéria relativa aos drones¹⁷ (este último no Brasil).

4 Metodologia

A metodologia é a hipotético-dedutiva. Nesse sentido, o problema científico é analisar se as normatizações existentes em matéria de responsabilidade civil são suficientes para lidar com a inteligência artificial. Dessa forma, primeiramente se conceitua “robô inteligente”, foco do estudo, para posteriormente verificar que deve ser observada a sua função (e não sua forma) em sede de responsabilização. A partir disso, observa-se o que preconiza a Resolução do Parlamento Europeu, assim como verifica-se se há normatização nacional para lidar com a matéria ou se é necessária a criação de nova. Observou-se a necessidade de regulamentar, mas enquanto iniciativas inexistem, verifica-se a possibilidade de utilizar o ordenamento atual.

15 Que levam em consideração a participação direta do Poder Legislativo.

16 Exemplos de agências que regulam as nanotecnologias citadas pelo autor (2018): NanoDefine, NANoREG, NanoValid, NanOximet, Prosafe.

17 Regulamento da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) sobre veículos não tripulados. Ver mais em: http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf

5 Resultados

Mostra-se urgente a imposição de normas e soluções jurídicas para determinar de que forma será exercida a atividade da robótica e da inteligência artificial. Pelas explicações feitas neste artigo, é urgente a necessidade de regradar a robótica e a inteligência artificial, observando-se qual seria a forma mais eficaz e célere. Tal observação deve ser feita por meio da ciência regulatória, e não pode parte do Poder Legislativo.

Enquanto iniciativas brasileiras inexistem, é possível retirar do atual cenário brasileiro princípios e diretrizes que podem ser utilizados para suprir, por ora, a ausência de regulamentação específica sobre a matéria. São as normas: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), o Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei 13.709/2018).

Para o desenvolvimento de uma nova medida regulatória, seria utilizada, por exemplo, a Teoria Geral da Responsabilidade Civil, para a Responsabilidade pelo Fato do Produto ou do Serviço e também para a Responsabilidade por Vício do Produto, com fulcro nos artigos 12¹⁸, 13¹⁹ 14²⁰ e 18²¹ do Código de Defesa

18 "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

19 "Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso".

20 "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

21 "Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas".

do Consumidor e nos artigos 927²², 931²³ e 936²⁴ do Código Civil Brasileiro.

No entanto, quanto ao aumento da autonomia do robô, é certo que ele não será mais apenas um instrumento a ser utilizado (por fabricantes e proprietários, por exemplo), sendo questionado se as normas de responsabilidade serão suficientes. Contudo, no momento, ainda se mostra possível a utilização das normatizações existentes, posto que definem os casos em que há a possibilidade de se atribuir a causa da ação ou da omissão a um agente (EUROPA, 2017).

Salienta-se que a AI programada para realizar objetivos finais específicos pode gerar danos pelo fato de fazer de tudo ao seu alcance, com o intuito de alcançar a meta, mas não levando em consideração a segurança das pessoas (PIRES; SILVA, 2017)

Tendo em vista que serão necessários estudos sobre a progressiva autonomia do robô e sobre suas ações que poderão causar prejuízos para a realização dos seus objetivos, e quais os titulares de direitos que possam ser atingidos no mundo jurídico²⁵, mostra-se urgente e imprescindível a regulamentação.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência Artificial, E-Persons e direito: desafios e perspectivas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 7, n. 6, p. 1475-1503, 2017.

22 "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

23 "Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

24 Art. "936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

25 No que se refere ao Direito Civil, Barbosa (2017) destaca o surgimento de dificuldades nos campos (i) do direito de propriedade; - ressaltando a possibilidade de invasão de propriedade, tais como drones invadindo espaços privados e captando informações destes, assim como o que fazer com as informações captadas automaticamente pelos sistemas de inteligência artificial; (ii) do direito de personalidade; que afetam o direito de privacidade e de imagem, por exemplo; (iii) do domínio contratual; deu-se como exemplo os contratos celebrados por meio de impulsos eletrônicos em virtude de determinadas variáveis; e (iv) da responsabilidade civil;- a autora mencionou os veículos autômatos como principal vertente deste.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990 Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar n. 0031.3/2008.** [S.l.], 2011. Disponível em [https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/207942-PROJETO-PROIBE-SOFTWARES-â%20ROBOS-â%20EM-PREGAO-ELETRONICO\[ADMB1\].html](https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/207942-PROJETO-PROIBE-SOFTWARES-â%20ROBOS-â%20EM-PREGAO-ELETRONICO[ADMB1].html). Acesso em: 07 jun. 2011.

EUROPA. Parlamento Europeu. **Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica.** (2015/2103 (INL)). Brussels: Parlamento Europeu, 2017. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html?redirect#title2. Acesso em: 15 out. 2018.

ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e direitos humanos. **Cadernos de Direito Actual**, [s.l.], n. 9, p. 441-487, 2018. Disponível em: <http://cadernosdedereitoactual.es.ojs/index.php/cadernos/article/view/325/201>. Acesso em 14 abril, 2019.

ENGELMANN, Wilson. HOHENDORFF, Raquel von; SANTOS, Paulo Junio Trindade dos. **A inovação nanotecnológica e suas consequências nas ciências de impacto:** a necessária inovação e adaptação do direito para dar respostas jurídicas adequadas. [s.l.]: 2015. Disponível em: <http://www.semecip.ufscar.br/wpcontent/uploads/2014/12/Wilson-Engelmann.pdf>. Acesso em 20 dez, 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **Artificial Intelligence for Europe.** Brussels: European Commission, 2018a. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-artificial-intelligence-europe>. Acesso em: 15 jun. 2019.

EUROPEAN COMISSION. **Draft ethics guidelines for trustworthy AI**. Brussels: European Comission, 2018b. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 15 jun. 2019.

FROOMKIN, A. Michael. Introduction. In: In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Org.). **Robot Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, [s.p].

KARNOW, Curtis E. A. The application of traditional tort theory to embodied machine intelligence. In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Org). **Robot Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 51-77.

LIN, Patrick; ABNEY, Keith; BEKEY, George. Artificial Intelligence Robot ethics: Mapping the issues for a mechanized world. **Science Direct**. [S.l.]: Elsevier, 2011, p. 942-949. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0004370211000178#!>. Acesso em: 29 mar. 2011.

MICHAELIS. **Dicionário online**. [S.l.]: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/INTELIG%C3%8ANCIA/>. Acesso em: 7 mar. 2019.

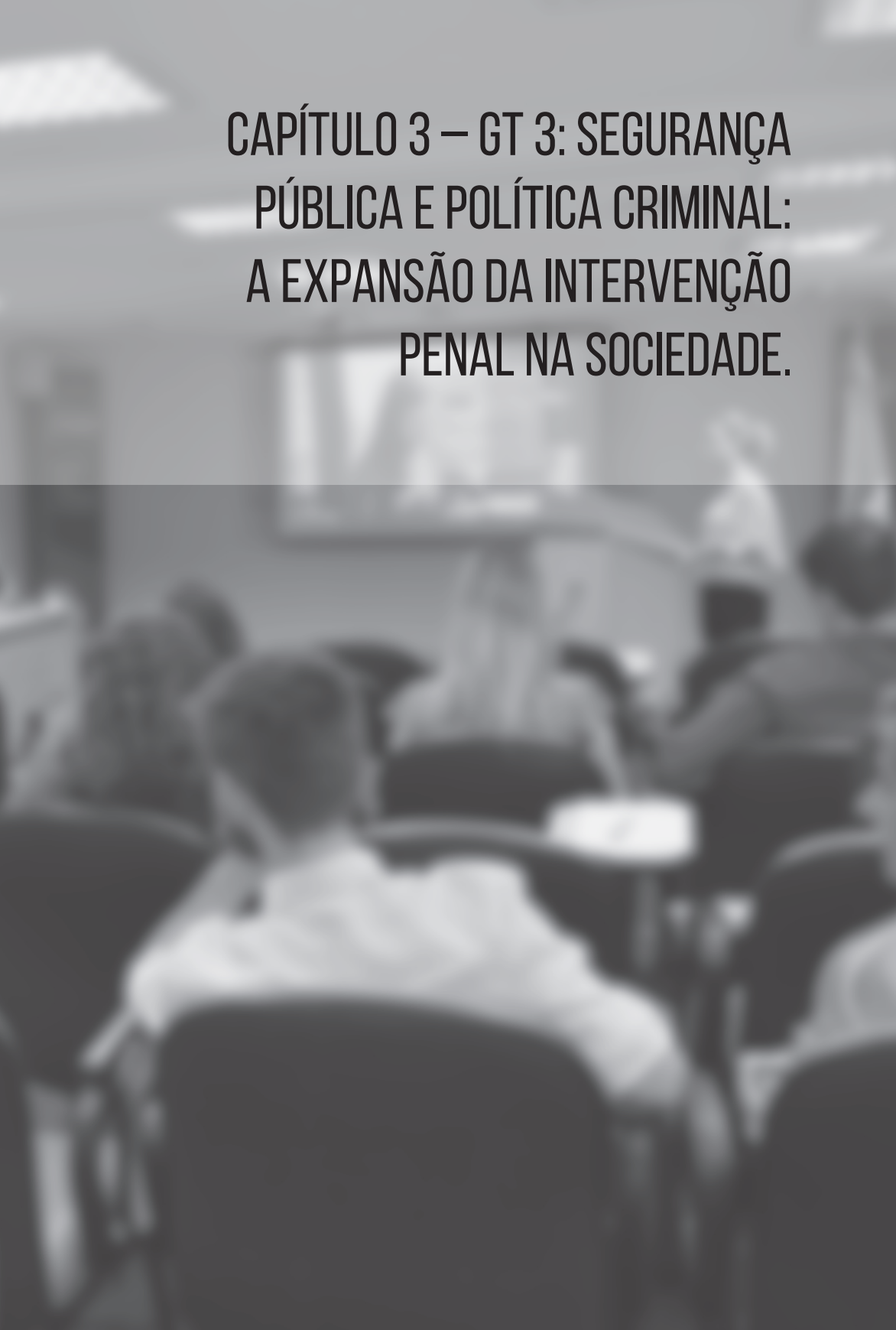
OXFORD. **English Oxford Living Dictionaries**. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/robot>. Acesso em: 11 jan. 2019.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Pires Rafael Peteffi da. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7. n. 3, p. 283-254, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/download/4951/3643>. Acesso em: 08 mar. 2019.

RICHARDS, Smart. How should the law think about robot law? In: CALO, Ryan; FROOMKIN, A. Michael; KERR, Ian (Org.). **Robot Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 3-22.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**. 3. ed. New Jersey: 1995.





**CAPÍTULO 3 – GT 3: SEGURANÇA
PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL:
A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO
PENAL NA SOCIEDADE.**

Os ataques às cortes constitucionais e a interpretação não constrangida do direito como manifestações de um estado pós-democrático¹

The attacks to the constitutional courts and the unrestrained interpretation of the law as manifestations of an post democratic stade

Francisco Kliemann A Campis

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo compreender dois movimentos crescentes no mundo e seus possíveis e eminentes efeitos sobre o Brasil. O primeiro deles é o ataque às cortes constitucionais e à legalidade. O discurso contrário ao império da lei e às instituições democráticas como um todo fica cada vez mais evidente em protestos, tanto nas ruas quanto nas redes. Situações que aconteceram em outros países, como na Polônia e na Venezuela, revelam que o enfraquecimento de tais órgãos são os primeiros passos que uma nação toma em direção ao autoritarismo.

A interpretação não constrangida do direito tem surgido como um fenômeno moderno no Brasil, cujo Estado Democrático de Direito adota uma constituição prolixa² e o sistema romano-germânico de direito, no qual todos estão diretamente vinculados

1 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Bolsista de iniciação científica com bolsa FAPERGS. Editor chefe do Jornal Habeas. Integrante do Grupo de pesquisa controle social e estado pós democrático coordenado pela professora Doutora Caroline Muller Bittencourt ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, e certificado pelo CNPq.

2 Prolixa ou extensa no sentido de ser detalhista e explicar diversos tópicos.

à constituição e à legalidade. No entanto, diversas decisões arbitrárias de juízes simplesmente a atropelam. Essas decisões de juízes solipsistas³, além de desrespeitarem diretamente a normativa, vêm colaborando diretamente para o fenômeno descrito no parágrafo anterior, na medida em que juízes, desembargadores, promotores e procuradores federais simplesmente desobedecem a normativa legal. Muitos desses, quando sofrem reverses nas cortes superiores em razão do estrito cumprimento da legalidade, convocam a mídia e a população para atacarem não apenas as decisões do judiciário, mas a legalidade como um todo. O resultado de anos de ativismo judicial e descumprimento das leis materiais e processuais estourou no enorme escândalo trazido à luz no dia 09/06/2019 pelo The Intercept Brasil.

Este trabalho se justifica pelo fato de se compreender que a democracia é o único sistema onde existe qualquer forma de controle social e possibilidade de exercício para a cidadania. Na medida que a solução dada por parcelas sociais para os problemas da justiça é o fim dela, começam os sintomas de um estado pós-democrático. Quanto ao método de abordagem deste estudo, será utilizado o método hermenêutico. Sendo assim, por meio da fenomenologia hermenêutica heideggeriana, a linguagem e os fatos não são analisados em um sistema fechado de referências, mas no plano da historicidade. Os métodos de procedimento se constituem no histórico e no monográfico, ao passo que as técnicas de pesquisa empregadas serão a bibliográfica e a documental.

1 Constitucionalismo tupiniquim: ativismo judicial versus força normativa da constituição – um sintoma do autoritarismo

Recentemente, surgiram diversas manifestações – principalmente nas redes sociais – que pediam o impeachment de ministros do STF e, em muitos casos, a derrubada da Corte Constitucional. A maioria dessas manifestações possui, em seu

3 Alguns juristas e pensadores contemporâneos, como Lenio Streck, vêm usando o termo solipsista para descrever juízes e ministros que simplesmente atropelam a lei e a constituição e fazem o que podemos chamar de uma interpretação própria desvinculada da legalidade e da realidade dos fatos.

cerne, a ignorância fomentada por fake news e uma total incompreensão do papel de uma Corte Constitucional.

As Cortes Constitucionais, ao redor do mundo, devem desempenhar um papel contramajoritário de interpretar e defender o que está positivado na constituição, que é um remédio contra maiorias. Nos Estados Unidos, na França, na Alemanha e em quase todas as democracias modernas, pelo menos é isso que acontece. Então, quando políticos e pessoas públicas falam que o STF deveria ouvir as vozes das ruas, eles não poderiam estar mais equivocados; pois, dos três poderes, o único que não deve ouvir as ruas é o judiciário.

Em países com democracias desestabilizadas, as Cortes Constitucionais foram as primeiras instituições a serem atacadas: a Hungria⁴, por exemplo, no final do ano passado, criou um sistema judicial paralelo controlado pelo presidente, que terá o poder de decidir questões sensíveis, como crimes de corrupção, leis eleitorais, o direito à manifestação, etc. Atualmente, o presidente da Hungria está livre para fechar universidades, perseguir opositores, jornalistas e todos que o desafiam.

Na Polônia⁵, uma reforma tentou forçar mais de um terço dos juizes da Suprema Corte a se aposentarem, e ela só foi barrada depois de fortes manifestações e ameaças da União Europeia. Mas esses ataques à estabilidade dos guardiões da Constituição não acontecem somente em governos de extrema direita. Na Venezuela⁶, em 2003, Hugo Chávez aumentou o número de ministros da Suprema Corte de 20 para 32. O enfraquecimento e o desvio de finalidade das Cortes Constitucionais é um sintoma para o fim de uma democracia saudável e, no Brasil, esse sintoma está começando a se manifestar.

É comum ver nos tabloides e nas redes sociais manifestações furiosas de pessoas contrárias a decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e demais órgãos jurisdicionais, simplesmente por cumprirem suas funções e aplicarem a lei como ela é. Essa si-

4 Ver matéria jornalística publicada no Jornal O Globo: “Hungria cria sistema judicial paralelo e consolida controle de Orbán sobre o Judiciário”. 2019.

5 Ver matéria jornalística em Deutsche Welle. UE abre procedimento inédito contra Polónia. 2019.

6 Ver matéria jornalística em Folha de São Paulo. Chávez aumenta número de juizes na Corte Suprema venezuelana. 2003.

tuação fica ainda mais sintomática quando estudantes de direito e advogados aplaudem decisões ativistas de órgãos judiciários. Ademais, juízes que simplesmente julgam como acreditam ser mais conveniente, sem prezar pela lei e/ou por princípios constitucionais são tidos como heróis, e juízes que cumprem a lei são publicamente taxados de bandidos. Membros do Ministério público vêm insistindo em teses absurdas (que muitas vezes são acatadas), como a distribuição de processos por crimes eleitorais e conexos para a justiça comum, o que configuraria uma nulidade absoluta, visto que fere matéria de ordem constitucional.

Quando o STF decide contra os ativismos e as decisões de juízes solipsistas, existem sérios riscos de ministros sofrerem impeachment⁷, seja por forte pressão popular, seja por contrariar o interesse de certos grupos políticos. O maior exemplo disso é a flagrantemente ilegal prisão em segunda instância, a qual, quando contestada pelo ministro Marco Aurélio Mello, gerou fortes alvoroços na mídia, no núcleo do exército e em camadas populares. O Poder Judiciário existe como órgão que julga conflitos morais em relação à lei e não à moral; de outra forma, ele seria um órgão imperativo que se sobressai à própria democracia. É preciso que se compreenda o papel do Supremo Tribunal Federal de resolver conflitos com base na Constituição, de forma que as críticas dirigidas sejam em razão de não cumprir a constituição como ele deveria, como nos recentes casos de censura por parte dos ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Luiz Fux⁸, e não em razão de se fazer valer o que Konrad Hesse (1959, p. 8) apontava como força normativa da Constituição.

Em síntese, o que deve prevalecer em uma democracia é o que Rousseau chamou de vontade geral, a expressão política da vontade do soberano, o povo, o qual deve obedecer a si mesmo e às decisões políticas que foram democraticamente tomadas em seu nome. Correspondendo ao enunciado da vontade geral e, conseqüentemente, pertencendo ao interesse público, as leis devem estar acima dos interesses particulares, e a constituição deve

7 Ver matéria jornalística em Estadão. Marco Aurélio suspende prisão em 2ª instância e abre caminho para Lula. 2019.

8 Ver matéria jornalística em O Globo: Alexandre de Moraes revoga decisão que censurou reportagens de 'Crusoé' e 'O Antagonista'. 2019.

estar acima de tudo. Quando o contrário acontece, os abusos resultantes culminam na sociedade corrompida da qual Rousseau desejava se afastar. E se não existir um órgão capaz de fazer valer a força normativa da Constituição (HESSE, 1959), a democracia começa a se enfraquecer e a se desviar de suas finalidades.

É preciso entender que nem sempre a maioria está certa e, para que o estado de direito não chegue a um fim, são necessários limites estabelecidos na lei e em uma carta magna, as quais devem ser prezadas e respeitadas, assim como a corte constitucional responsável por sua defesa. Na Alemanha nazista, a ascensão de Hitler ao poder contou com imenso apoio popular, e muitos, inclusive opositores, confiavam que o Führer não poderia fazer tudo o que afirmava, pois com a Constituição de Weimar ele estaria impedido. Uma vez fragilizada a força normativa da Constituição alemã, o caos tomou o lugar da democracia e o holocausto aconteceu. Lenio Streck (2019), em uma recente coluna no Conjur, nos lembra de que

...Michael Stolleis, com apoio em Bernd Rüthers, bem denunciava um período no qual a interpretação no Direito era unrestrained, ou seja, não-constrangida. Alertava igualmente para a moralização que instrumentalizava o Direito para determinados fins políticos. E qual era esse período? Um período que ficou conhecido como III Reich. Alemanha Nazista (STRECK, 2019, online).

Todos os elementos até aqui trazidos demonstram que existe um risco iminente de caos democrático, na medida em que, no atual momento histórico, a abundância de fake news, o desprezo pela verdade, o ódio à política e às instituições democráticas e a busca por uma ordem social capitaneada por um messias constituem os novos ingredientes para uma morte lenta e quase imperceptível do que ainda nos resta de democracia.

2 Estaria nossa democracia morrendo?

Os professores de Harvard, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, estudiosos das teorias da democracia, afirmam em seu livro *Como as democracias morrem* que, atualmente, não são mais necessários tanques e exércitos armados para destituir governos

democraticamente eleitos e subverter a ordem democrática. Segundo os autores, “desde o final da Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 16).

Muitos esforços do governo para subverter a democracia são “legais”, no sentido de que são aprovados pelo Legislativo ou aceitos pelos tribunais. Eles podem até mesmo ser retratados como esforços para aperfeiçoar a democracia – tornar o Judiciário mais eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral. Os jornais continuam a ser publicados, mas são comprados ou intimidados e levados a se autocensurar. Os cidadãos continuam a criticar o governo, mas muitas vezes se veem envolvidos em problemas com impostos ou outras questões legais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17).

O fato de existir certa “normalidade” no cotidiano cria, segundo os autores, confusão e perplexidade, pois as pessoas acreditam estar vivendo sob uma democracia. Dispositivos de alarme, que seriam naturalmente disparados na sociedade caso houvesse um evento que rompesse com a normalidade democrática (como a suspensão da Constituição, por exemplo), não se manifestam. A consequência é que “a erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível.” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17).

Como dito na primeira parte deste texto e referendado por Boaventura de Sousa Santos, o contrato social “é a expressão de uma tensão dialéctica (sic) entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, colectiva (sic), entre o interesse particular e o bem comum”, preconizado por Rousseau (SANTOS, 2008, p. 317).

Tal definição vai ao encontro de Bobbio (2000), que apresenta uma concepção procedimental da democracia: para o autor, a democracia é um procedimento para a formação de decisões coletivas. Por regime democrático, entende-se um conjunto de regras de procedimento que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e com quais procedimentos isso deve se dar. Por outro lado, o

autor apresenta uma concepção individualista da sociedade, porque mesmo que o homem seja um ser social que não pode viver isolado, em suas relações com a sociedade, o indivíduo se reúne a outros, semelhantes a ele, dando origem a uma sociedade de indivíduos livres.

Sendo assim,

...o discurso sobre as regras do jogo é extremamente importante, e não pode ser eliminado se não se deseja cair diante de um problema mal posto e, nesta medida, insolúvel. E isto ao menos por duas razões. Antes de mais nada, porque o que distingue um sistema democrático dos sistemas não democráticos é um conjunto de regras do jogo. Mais precisamente, o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir as suas regras do jogo (todo sistema as tem, mais ou menos claras, mais ou menos complexas), mas sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se hoje, quase por toda parte, constitucionalizadas [...] quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia (BOBBIO, 2000, p. 77).

O jogo democrático é constituído de regras claras para todos os atores envolvidos, mas também de regras informais, o que garante o equilíbrio democrático baseado não somente nos textos constitucionais, mas também naquilo que poderíamos chamar de um acordo tácito. Para Levitsky e Ziblatt (2018), essas regras consistem na tolerância mútua, ou seja, o reconhecimento de que os adversários ou rivais, desde que dentro das regras institucionais, têm direitos iguais de jogar o jogo democrático (direito de existir, de competir pelo poder e de governar). A outra regra é a reserva institucional, que significa ser necessário evitar ações que, embora estejam dentro da lei, violem seu espírito.

A violação dessas regras conduz ao que o professor Rafael Valim (2017) chama de “estado de exceção”⁹, sendo um dos

9 Para aprofundamento sobre o termo “estado de exceção”, ver capítulo 1, “Estado de exceção: aproximação teórica e localização sistemática”, da obra *Estado de Exceção: a forma jurídica do*

exemplos o combate à corrupção promovido por autoridades judiciárias brasileiras nos últimos anos. Sob esse pretexto, são exaradas decisões judiciais de caráter excepcional, o que tem sido chamado de “estado de exceção judicial” (p. 16).

Nesse sentido, estaríamos, hoje, diante do que Boaventura de Sousa Santos (2008) chama de uma crise do contrato social, em que valores característicos da modernidade ocidental (liberdade, igualdade, justiça e solidariedade) estão passando por uma sobrecarga simbólica crescente. Trata-se de um processo que privilegia “a predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão” (SANTOS, 2008, p. 327). Essa crise se alicerça em um conjunto de consensos nos campos político, econômico e social, tendo como uma de suas dimensões o “consenso do primado do direito e dos tribunais”, que atribui um novo papel aos tribunais, sendo um de seus principais vieses a judicialização da política (SANTOS, 2008).

Para Valim (2017), é justamente o estado de exceção judicial o que caracteriza o fracasso do atual modelo de democracia, uma vez que abala um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que é a soberania popular:

Em outras palavras, a exceção, ao negar a lei, principal produto da soberania popular, toma de assalto a democracia. A pretensão de um governo impessoal das leis cede lugar ao governo pessoal dos homens. O povo é destronado em favor do soberano, o que explica a afirmação de Giorgio Agambem de que a exceção é o absolutismo da contemporaneidade. (VALIM, 2017, p. 27, grifos no original).

O autor afirma que o estado de exceção acaba por potencializar o processo de despolitização da sociedade, o que não quer dizer que assuntos que pareciam consagrados no Direito Constitucional brasileiro, tidos como conquistas civilizatórias, estejam a salvo da discussão pública, sob forma de questionamentos sobre sua validade (VALIM, 2017).

No Brasil, há alguns anos, mais precisamente desde o início da operação Lava Jato em 2014, essa prática do Estado policiais-

neoliberalismo, de Rafael Valim. Nele, o autor explora algumas definições sobre o tema a partir de diferentes autores.

co, onde os fins justificam os meios para o combate à corrupção, o estado de exceção judicial tem se imposto sobre as garantias fundamentais dos acusados. As recentes denúncias do site The Intercept Brasil, de que Poder Judiciário e Ministério Público Federal estariam agindo em parceria para atingir determinado grupo político ou determinadas figuras políticas em detrimento de outras – com denúncias tão ou mais graves –, parece refletir esse estado de coisas.

O que temos observado no país é um crescente processo de ódio à política, fomentado por essas ações de suposto combate à corrupção, com atuação fundamental dos meios de comunicação, os quais fizeram com que um dito outsider político chegasse à Presidência da República. Diga-se de passagem, esse outsider é uma figura política não disposta a respeitar as regras democráticas, tendo em vista o conteúdo de suas ações e falas amplamente divulgadas¹⁰.

Mas Valim (2017, p. 41) entende que “o principal e mais perigoso agente da exceção no Brasil é o Poder Judiciário”. O autor retoma os procedimentos da Operação Lava Jato, a qual, desde seu início, abusou de prisões cautelares de empresários e agentes públicos ao lado da grande espetacularização por parte da mídia e dos “vazamentos seletivos” de informações para grandes veículos de comunicação. Assim, foram criadas as condições sociais e políticas para o impeachment da presidenta democraticamente eleita. Cabe lembrar, ainda, que pouco antes da instauração do processo de destituição, a presidenta da República teve suas conversas telefônicas interceptadas, selecionadas e vazadas ao público por um juiz de primeira instância (hoje Ministro da Justiça), o qual alegava interesse público.

O magistrado não só não foi punido pelo disposto na Lei 9.296/96, que trata da interceptação de comunicações telefônicas, como teve seus procedimentos excepcionais referendados pelo Tribunal Regional da 4ª Região, o que, segundo Valim (2017,

10 Ver matéria jornalística de O Globo: Bolsonaro diz: “Não aceito resultado das eleições diferente da minha eleição”, publicado em setembro de 2018. Revista Exame: “Vamos fuzilar a petralhada”, diz Bolsonaro em campanha no Acre, publicado em setembro de 2018. Revista Carta Capital: Bolsonaro em 25 frases polêmicas, publicado em 29 out, 2018.

p. 43), consagrou de forma explícita “um estado de exceção jurisdicional”:

Os princípios do juiz natural, da imparcialidade e da presunção da inocência vêm sendo solenemente desconsiderados, sob os olhares cúmplices da mídia e a atenção de uma turba ignara que, a cada nova arbitrariedade, destila seu ódio nas ruas e nas redes sociais (VALIM, 2017, p. 44).

Como se não bastasse, o Supremo Tribunal Federal, fazendo coro ao estado de exceção jurisdicional, em dissonância com o texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LVII, cujo texto dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, abriu a possibilidade de prisão em segunda instância, ou seja, antes da confirmação da sentença condenatória. Juízes país afora têm emitido sentenças com base no “clamor das ruas”. Mas quem decide quais vozes ouvir?

Conclusões

No presente trabalho procurei traçar um panorama sobre o atual cenário político e judicial brasileiro, baseado na hipótese de que existe uma crise institucional em curso que tem colocado o sistema democrático em crise¹¹. Para tanto, em um primeiro momento, foi analisada a relação entre democracia e constitucionalismo, concluindo que o contrato social, cujo soberano é o povo, está em risco. Em um segundo momento, buscou-se analisar os sintomas do autoritarismo presentes no embate entre ativismo judicial e força normativa da constituição, que tem sido alvo de debates entre defensores de maior autonomia – inclusive para interpretação legal – e aqueles que defendem respeito ao texto constitucional. Dessa forma, percebeu-se que o debate público, na era da pós-verdade, está contaminado de processos e

11 Para Rubens Casara, “crise democrática” é uma forma dócil de tratar os acontecimentos em curso, quando valores democráticos são substituídos pelas exigências do mercado. Para o jurista, estamos diante de um Estado pós-democrático, fenômeno global que não teve dificuldades de se instalar no Brasil devido à tradição autoritária do país, caracterizada pelo uso da força, pelo medo da liberdade e pelos pactos elitistas herdados da escravidão. Para ele, isso fez com que, no Brasil, a pós-democracia se instaurasse docilmente. (CULT, 2017). Por tudo visto até aqui, tendemos a concordar com este posicionamento.

procedimentos no mínimo questionáveis. Finalmente, na terceira parte do artigo, questionou-se acerca da morte da democracia no Brasil, desta vez não por meio de armas, tanques e soldados armados ou a suspensão da Constituição, mas por meio de procedimentos aparentemente democráticos. Na medida em que ainda temos eleições livres e instituições em funcionamento, não haveria que se falar em anormalidade democrática. Mas o fato é que, conforme apontado, o Brasil se encontra diante de um “estado de exceção”, capitaneado, em grande medida, pelo Poder Judiciário com apoio dos grandes meios de comunicação, cujos métodos de alguns de seus integrantes seguem a clássica máxima de “os fins justificam os meios” quando se trata de combater a corrupção no país.

Nessa crise aparentemente velada, pouco se discute sobre o papel do mercado, que transforma o corrupto em inimigo para auferir melhores lucros. Jessé Souza não erra quando diz que, como não se pode atacar publicamente o combate à desigualdade sem que haja uma forte reação, o ataque se faz através de uma bandeira inatacável: o combate à corrupção.

Dessa forma, está em curso o que o professor Rafael Valim chama de processo desconstituente, em que, sob a conivência do Estado, especialmente do Poder Judiciário – mas hoje em dia também do Poder Executivo central – ataca-se todo catálogo de direitos fundamentais.

Diante de uma classe trabalhadora assustada com a perda cada vez maior de direitos, uma classe média imbecilizada que se manifesta, sobretudo nas redes sociais, e uma elite pouco afeita às regras democráticas, o Brasil agoniza.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.

BRASIL. **Lei 9.296/96**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em 09 jul. 2019.

CARTA CAPITAL. **Bolsonaro em 25 frases polêmicas**. 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-em-25-frases-polemicas/>. Acesso em 08 jul. 2019.

DEUTSCHE WELLE. **UE abre procedimento inédito contra Polônia**. 2019. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/ue-abre-procedimento-in%C3%A9dito-contra-pol%C3%B4nia/a-41879215>. Acesso em 01 de julho de 2019.

CULT. Pós-democracia instalou-se 'docilmente' no Brasil, diz jurista. **Entrevista concedida por Rubens Casara à Paulo Henrique Pompermaier**. 2017. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/rubens-casara-estado-pos-democratico/>. Acesso em 10 jul. 2019.

ESTADÃO. **Marco Aurélio suspende prisão em 2ª instância e abre caminho para Lula**. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/marco-aurelio-mello-da-liminar-para-suspender-possibilidade-de-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia/>. Acesso em 01 de julho de 2019.

EXAME. **Vamos fuzilar a petralhada**", diz Bolsonaro em campanha no Acre. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Chávez aumenta número de juízes na Corte Suprema venezuelana**. 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2510200317.htm>. Acesso em 01 de julho de 2019.

LEVITSKY, Steven; Ziblatt, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEXICO OXFORD. **Dictionary**. Disponível em: <https://www.lexico.com/en>>> acesso em 08 jul. 2019.

O GLOBO. **Alexandre de Moraes revoga decisão que censurou reportagens de 'Crusoé' e 'O Antagonista'**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/18/alexandre-de-moraes-revoga-decisao-que-censurou-reportagens-de-crusoe-e-antagonista.ghtml>. Acesso em 01 de julho de 2019.

O GLOBO. **Bolsonaro diz: "Não aceito resultado das eleições diferente da minha eleição"**. 2018. Disponível em: <https://>

g1.globo.com/sp/sao-paulo/eleicoes/2018/noticia/2018/09/28/bolsonaro-diz-que-nao-aceitara-resultado-diferente-do-que-seja-a-minha-eleicao.ghml>. Acesso em 08 jul. 2019.

O GLOBO. **Hungria cria sistema judicial paralelo e consolida controle de Orbán sobre o Judiciário.** 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/hungria-cria-sistema-judicial-paralelo-consolida-controle-de-orban-sobre-judiciario-23302480>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: por uma nova cultura política.** 2ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade.** Lisboa: Bertrand Editora, 2014.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica: Livro carta n.1.* São Leopoldo, 2017

STRECK, Lenio. **O STF sendo atacado e o MP fica arrumando o Van Gogh da parede.** 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-25/senso-incomum-stf-sendo-atacado-mp-fica-arrumando-van-gogh-parede>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

THE INTERCEPT BRASIL. **Como e porque o Intercept está publicando chats privados sobre a lava jato e Sérgio Moro.** Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Acesso em 09 jul. 2019.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo.** São Paulo: Contracorrente, 2017.

O uso de criptomoedas para a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo

The use of cryptocurrencies for money laundering and the financing of terrorism

Flávia Miranda Falcão¹
Júlia Beresniack Scheirr²

O artigo que se propõe é um primeiro resultado dos trabalhos do Grupo de Estudos "O terrorismo contemporâneo: conformação histórica e regulamentação jurídica", vinculado ao Grupo de Pesquisa Tutelas a Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados junto à Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, sob a Coordenação do prof. Dr. Bruno Heringer Junior. Trata da lavagem de capitais, do financiamento ao terrorismo e do uso de criptomoedas para esses fins.

A criação das criptomoedas, de trânsito exclusivo no mundo virtual mas com importantes efeitos no mundo real e no financiamento de atividades criminosas, abriu um novo leque de possibilidades à lavagem de capitais e ao financiamento do terrorismo. Estará o Estado capacitado a combater o uso perverso dessa nova forma de trocas e comunicação? O Direito Penal terá as respostas corretas para esse problema?

O objetivo do artigo é analisar as provocações brevemente expostas acima. O método a ser utilizado é a pesquisa qualitativa, com base em doutrina nacional e estrangeira, bem como

1 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público, Especialista em Direito Eleitoral e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: miranda.ffalcao@gmail.com.

2 Mestranda pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pós Graduada em Direito e Processo Penal pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: juliabscheirr@gmail.com.

documental, com o fim de oferecer respostas (ou novas perguntas) às questões propostas.

Criptomoedas são moedas com existência exclusiva no espaço digital, criadas e transferidas por criptografias geradas e decifradas por computadores. Como sua criação é descentralizada, elas não possuem aval de governos ou autoridades monetárias nem a garantia de conversão para moeda oficial. Não há lastro por ativo de qualquer espécie, nem força obrigatória como meio de troca. A criptografia consiste em senhas ou chaves públicas e privadas que garantem a criação exclusiva de uma moeda e a inexistência de pagamento duplicado com a mesma unidade monetária. Conforme a doutrina pesquisada, a chave pública pode ser comparada a um endereço eletrônico divulgado para viabilizar a comunicação, e a chave privada é como a senha da caixa de e-mails, de conhecimento restrito ao titular e usada para dar acesso às mensagens enviadas ao endereço eletrônico fornecido.

O sistema de criptomoedas mais antigo em funcionamento é o Sistema Bitcoin, razão pela qual ele é o mais conveniente para a compreensão desse universo. O Sistema Bitcoin consiste numa tecnologia digital de comunicação que permite o envio e a recepção de pagamentos em rede *online* e, como já mencionado, de modo descentralizado. Esses pagamentos são transacionados por usuários que gerenciam o sistema sem autoridade central ou intermediários. Trata-se de um *software* gratuito e disponível a qualquer pessoa, cria novas bitcoins³ – os limites previamente estabelecidos por Satoshi Nakamoto, pseudônimo da pessoa ou das pessoas que conceberam e construíram o Sistema Bitcoin em 2008 – e permite que seja decifrada somente pelo destinatário do envio.

Entusiastas defendem que Sistema Bitcoin goza de forças que podem justificar a sua utilização preferencial em relação a

3 A moeda digital que também integra esse sistema, em que pese não ser juridicamente moeda no território brasileiro, como se pode depreender do texto do artigo 21, VII, que define dentre as competências da União a emissão de moeda e do artigo 164, que define o Banco Central como emissor de moedas da União, ambos da Constituição Federal. No nível infraconstitucional, as Leis n. 8880, de 27-05-1994; 9069, de 29-06-1995, e 10.192, de 14-02-2001, regulam o exclusivo emprego do Real nas estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional. Contudo, em que pese o sistema jurídico não conter previsão, há que se considerar a realidade que se impõe.

remessas tradicionais de ativos, tais como: o fato de constituir um sistema de transações diretas, diminuindo custos desse serviço; a eliminação das possibilidades de fraude; o maior grau de privacidade que o Sistema Bitcoin proporciona aos seus usuários em comparação com os cartões de crédito; a inclusão bancária graças à popularização dos telefones celulares; e a eliminação de regras nacionais de remessas, como limites de valores, horários e dias úteis.

Contudo, também há desvantagens: o risco de furto de carteiras virtuais por meio de invasão a sistemas informatizados; a alta volatilidade de moeda, fonte de desconfianças e medo para os usuários; e, quando utilizada em larga escala, os impactos que podem gerar nas políticas monetárias de controle de índices macroeconômicos, tais como taxas de juros, nível de atividade econômica e preços. A esses riscos, somam-se problemas técnicos, tais como a quantidade de energia elétrica necessária para a mineração de bitcoins⁴ e a demora para a validação das transferências, tempo no qual são realizados os elaborados cálculos necessários a esses processos. À medida em que novas bitcoins se tornam disponíveis, seus códigos tendem a se tornar mais complexos, assim como os cálculos necessários às transferências realizadas. No campo do Direito Penal, novos riscos também foram trazidos aos sistemas financeiros nacionais pelas criptomoedas, notadamente o de sonegação fiscal, evasão de divisas, lavagem de capitais e financiamento ao terrorismo.

A lavagem de capitais constitui, talvez, o maior dos riscos internos advindos da adoção das criptomoedas, dada a possibilidade de se realizarem transações financeiras com menor transparência entre emissor e receptor do ativo. A discricção, anteriormente apontada como uma das vantagens para os usuários, também configura grande dificuldade às autoridades nacionais, às quais compete coibir as complexas atividades de organizações criminosas, cujas características assemelham-se às empresariais. Trata-se de um dos temas centrais do presente estudo, razão pela qual será melhor desenvolvida no próximo ponto.

4 Processo matemático pelo qual novas bitcoins são encontradas e registradas no Sistema Blockchain, efetuado por supercomputadores de usuários que são remunerados na própria moeda.

O delito de lavagem de dinheiro consiste em “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”⁵. As fases do delito de lavagem de dinheiro são classificadas pela doutrina majoritária e pelos principais órgãos reguladores do tema como “ocultação ou colocação”, “estratificação ou escurecimento” e “integração ou reversão”.

Na prática, essas fases não ocorrem em momentos diferentes. São frequentemente simultâneas ou sobrepostas, até como modo de dificultar ainda mais o rastreamento do caminho trilhado pelo capital de origem ilícita. Como ressalva Callegari, não necessariamente são empregados métodos ilegais na lavagem de dinheiro: transferências bancárias e compra e venda de bens de alto valor agregado, transações corriqueiras em determinados extratos sociais. Mas a finalidade de ocultar a origem ilícita por meio dessas operações configura o crime de lavagem de dinheiro.

Além dos métodos tradicionais, também pode-se falar em conversão de capitais de origem ilícita para criptomoedas, em virtude da rapidez com que as transações são realizadas e a vascularização dos sistemas numéricos, características que praticamente impossibilitam a rastreabilidade.

Anteriormente, por conveniência didática, foi descrito o funcionamento dos sistemas Bitcoin e Blockchain. Desde 1º de agosto passado, operações com criptoativos têm que ser informadas ao fisco⁶, e contas em corretoras legalizadas que operam com esses ativos têm que ser identificadas. Essa identificação e os registros no Sistema Blockchain dificultam a manutenção do anonimato do adquirente, tão conveniente a quem deseja praticar o delito de lavagem de dinheiro, mas a tecnologia sempre oferece soluções para aqueles que não desejam ter suas transações rastreadas.

Para esse fim, criou-se a criptomoeda Monero, anunciada como uma “segura, privada e não-rastreável”⁷. Utiliza-se de modo

5 Nos termos do caput do art. 1º da Lei n. 9613, de 3 de março de 1988, com redação alterada pela Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012.

6 Conforme a Instrução Normativa n. 1888, de 03-05-2019, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil.

7 Fonte: <www.monero.inf.br>

semelhante à bitcoin, mas seus registros no Sistema Blockchain ocultam dados das transações. Ela oferece transparência seletiva, permitindo que o proprietário escolha com quem compartilha a “chave de visualização” – recurso que permite a visualização do saldo e das transações do titular – sem a necessidade de registrar no Sistema Blockchain a fonte, o destinatário e os valores de cada transação. Lançada em 2014, a Monero promete qualidades em favor da proteção à privacidade que a bitcoin não dispõe: anonimato e fungibilidade. O anonimato seria oferecido desde a criação de cada unidade de Monero, e a fungibilidade consiste na garantia de que cada unidade do ativo seja completamente indistinguível de qualquer outra.

O sistema bancário tem sido o principal meio de controle de Estados Nacionais na coibição da lavagem de capitais provenientes de ilícitos, em virtude da crescente transparência exigida nas operações realizadas. Muitas das obrigações impostas pela legislação antilavagem são dirigidas às instituições financeiras, mas o campo das transações realizadas fora dos Sistemas Bancários oficiais ainda é novidade para o Direito. Com trânsito exclusivo no mundo virtual, podendo mesmo fazer desaparecer suas transações sem deixar evidência passível de incriminação, criptomoedas com vantagens anteriormente vistas, como as do Monero, demonstram que a tecnologia é um fator de soluções mas também de desafios ao combate à lavagem de dinheiro e de outros crimes.

Dessa forma, questiona-se se o Direito Penal é o melhor instrumento para coibir o desenvolvimento ou o uso de instrumentos virtuais convenientes à atividade criminosa. A tecnologia oferece facilidades à vida moderna, não necessariamente vinculadas a fins ilícitos, mas que trazem o risco desse tipo de proveito. A esse respeito, o autor Rogério Gesta Leal no texto “Perspectivas Expansionistas do Direito Penal em Face dos Crimes Virtuais na Sociedade de Riscos” afirma que as oportunidades trazidas pela *internet* têm provocado mudanças nas relações sociais, laborais, afetivas, sexuais, econômicas, acadêmicas, científicas e políticas, com níveis de capilarização e colaboração que proporcionam qualidade e rapidez sem precedentes. Naturalmente, a criminalidade

também lança mão desses recursos colaborativos, tornando seu ofício mais complexo e irrastrável (LEAL, 2018, p. 4).

A produção da legislação internacional de combate à lavagem de dinheiro e as organizações criminosas tornaram-se mais complexas a partir dos eventos de 11-09-2001. Uma nova fase do terrorismo internacional mostrava seu poder destruidor no coração do Estado mais poderoso do planeta, e as reações no Direito não tardaram a aparecer, notadamente, para a cessação do financiamento ao terrorismo.

Os primeiros passos para o combate ao financiamento do terrorismo atual podem ser identificados na Convenção da Organização das Nações Unidas – ONU para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, de dezembro de 1999, na Resolução n. 1373 do Conselho de Segurança da ONU, de 28-09-2001 e na Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, aprovada 3-06-2002 da Organização dos Estados Americanos. Em comum, todas contêm determinações notadamente voltadas aos registros de operações realizadas por instituições financeiras, identificação de clientes e comunicação a órgãos nacionais de transações incomuns.

Mas nesses anos ainda não se vivia a popularização das transações financeiras realizadas em meio digital independente do sistema financeiro oficial dos Estados. Esse novo meio estava por demonstrar seus desafios, tão grandes como os de toda rede de comunicações clandestinas por meio digital com os quais os controles estatais foram obrigados a lidar. Terreno fértil ao cometimento, financiamento e aliciamento para o crime, essas redes oferecem um anonimato progressivamente mais difícil de ser quebrado, cujo controle exige pessoal e tecnologias altamente especializados, recursos nem sempre disponíveis aos Estados de economia mais frágil. Os desafios são grandes e provavelmente forcem os Estados a adotarem, assim como no objetivo do combate à lavagem de dinheiro, o paradigma preventivo de transparência e incremento da confiança entre Estado e sociedade civil. No entanto, já se sabe que ações repressivas posteriores aos ataques, por si só, em que pese desencorajarem delitos normais, poucos efeitos têm sobre a atividade terrorista, por natureza surpreendente, violenta e de forte efeito na desestabilização política.

Os desafios atuais para o Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e organizações terroristas

Current challenges for Transconstitucionalism between national legal systems and terrorist organizations

Vitor Fontana de Ávila¹

Introdução do tema

O trabalho a seguir versa sobre o Transconstitucionalismo de Marcelo Neves e seus desafios de relações transconstitucionais diante de ordens jurídicas transnacionais que se utilizam do terrorismo como prática habitual para atingir seus próprios objetivos. Para o desenvolvimento do estudo, adotou-se como referencial teórico a tese do Marcelo Neves, cujos pressupostos também remetem à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Tem-se como finalidade perceber a intrincada relação de ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas assimétricas, assim como os desafios para a realização da atividade transconstitucional em uma era de maior incidência de atividades terroristas.

A importância deste trabalho se dá pelo fato de que atividades terroristas são realizadas por grupos que assumem uma autonomia da ordem estatal ao qual estão inseridos como, por exemplo, o próprio Estado Islâmico e a Al-Qaeda, que desafiam as demais ordens jurídicas ao tentaram se sobrepor pelo uso do terror (VISACRO, 2009, p. 280). Assim, encontra-se um problema

1 Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Público pela Escola Verbo Jurídico. Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana. Advogado. E-mail: vitor.f.avila@hotmail.com

para a tese do Transconstitucionalismo, isto é, do entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas, cada qual com sua operacionalidade fechada, mas aberta ao outro em sua cognição pelo código binário lícito/ilícito, de onde surge sua dupla contingência e diferenciação (NEVES, 2009, p. 115-116). As problemáticas comuns do Transconstitucionalismo são aquelas que, em entrelaçamentos por meio de pressupostos da Teoria dos Sistemas, reconhecem as ordens jurídicas uma a outra – ego e alter –, de maneira tal que as questões de direito constitucional e, igualmente, de direitos humanos são objeto de resolução por meio de pontes de transição entre sistemas jurídicos diferentes (NEVES, 2009, p. 117).

Assim, será apresentado o conceito de Transconstitucionalismo de Marcelo Neves e seus pressupostos metodológicos, seguidos pela exploração acadêmica a respeito do terrorismo e das organizações que fazem uso desse subterfúgio. Em seguida, busca-se perceber as dificuldades que o Transconstitucionalismo enfrenta ao lidar com questões constitucionais entre ordens jurídicas estatais e ordens jurídicas transnacionais que, embora se encontrem no polo negativo do Transconstitucionalismo (NEVES, 2009, p. 214) e se tratem de formas assimétricas de ordens jurídicas (NEVES, 2009, p. 215), não parece mais ser possível negar sua autonomia frente ao direito estatal, possuindo estrutura operacional própria em si mesma (NEVES, 2009, p. 188).

Problema

Tendo em vista a realidade multinível de ordens jurídicas diversas – algumas até mesmo transnacionais e que reivindicam sua autonomia em relação a ordens jurídicas estatais, inclusive com métodos antidemocráticos, violadores de direitos humanos e fundamentais, como o ato terrorista de organizações internacionais –, como o Transconstitucionalismo pode se valer de formas assimétricas de ordens jurídicas, como as organizações transnacionais, que utilizam do terrorismo para perpetuar suas visões de mundo?

Hipótese

Assumindo a metodologia sistêmica que está no bojo da tese de Transconstitucionalismo de Marcelo Neves, é possível fa-

lar de Transconstitucionalismo entre organizações transnacionais de atuações terroristas e ordens jurídicas estatais, assumindo a operacionalidade fechada de cada um e a cognição aberta para o outro, ao reconhecer direitos humanos e fundamentais que são intrínsecos ao próprio ser humano, no tratamento de litígios que abordam essa temática intersistêmica.

Método

A metodologia de abordagem do trabalho é sistêmica. Em outras palavras, será assumido que o método sistêmico de Niklas Luhmann tornará possível, assim como a tese do Transconstitucionalismo, que as ordens jurídicas podem ser estudadas, sendo reconhecida sua identidade, sua alteridade referente ao outro e sua dupla contingência que marca o sistema jurídico, no caso, o código binário *licitude/ilicitude*. É uma abordagem qualitativa, isto é, uma análise sistêmica do fenômeno do terrorismo e do Transconstitucionalismo para que sejam trabalhados em conjunto, dentro da resolução do problema para resultados práticos.

Quanto ao método de procedimento, o método adotado será o comparativo, pois, aliado ao método de abordagem, o trabalho irá comparar as ordens jurídicas que pressupõem o constitucionalismo moderno e as ordens jurídicas transnacionais que não o pressupõe, mas que pela Teoria dos Sistemas podem se reconhecer mutuamente. Assim, se seguirá uma pesquisa bibliográfica e documental, analisando livros e doutrinas jurídicas, além de outras fontes que auxiliem na formação do conhecimento que o trabalho pretende alcançar.

Resultados e discussões

O Transconstitucionalismo surge, fundamentado na Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, para tentar apaziguar dissensos entre ordens jurídicas diversas no tocante aos direitos fundamentais e direitos humanos, tentando escapar de uma imposição meramente hierárquica entre ordens jurídicas diversas e reconhecendo as particularidades de cada sistema jurídico, por vislumbrar, a priori, a racionalidade transversal por pressuposição de dupla contingência (NEVES, 2009, p. 270). Nesse sentido, ele não pro-

cura mais sustentar a tese do isolamento de um sistema jurídico em relação aos demais, nem mesmo um simples acoplamento (ou interiorização) de conteúdo jurídico alheio, v.g., por mera força coercitiva de uma decisão judicial, não levando em consideração as características próprias de cada ordem jurídica. Antes, o Transconstitucionalismo busca o contato entre as ordens jurídicas não para um simples contato, mas para um entrelaçamento transversal que resulta em um diálogo normativo, para uma aproximação de sistemas que não partem da perspectiva de si para o outro: elas partem do reconhecimento daquilo que possuem (em comum ou em divergência) para um consenso que garante uma estabilidade jurídica multinível (NEVES, 2009, p. 275).

É possível traçar esses objetivos na tese inovadora de Marcelo Neves, porque, em primeiro lugar, Niklas Luhmann traz grandes contribuições ao Direito na perspectiva de sua Teoria dos Sistemas. Como Leonel Severo Rocha aponta, Luhmann inova em seu pensamento teórico ao abordar o Direito de maneira sistêmica, porque é somente numa teoria de sistemas, pressupondo diferenciação entre elas, que há sentido diante das relações sociais com o meio ambiente onde está inserido aquele sistema, pois é no sistema, na dinâmica da diferenciação, que o sentido é construído. Se assim é, todo o sistema diferenciado precisa ser, ao mesmo tempo, operativamente fechado – isto é, em suas características próprias em uma unidade – e cognitivamente aberto para que seja possível observar suas diferenças cognitivas, suas racionalidades distintas. Nesse sentido, um sistema (nesse caso, a sociedade como um todo) possui, essencialmente, a comunicação como elemento principal: é a capacidade de externar suas características próprias e repeti-las num funcionamento ordenado, percebendo também suas divergências com outros sistemas. Diante disso, como objeto preferencial de sua teoria, Luhmann destaca a comunicação, pois, somente a comunicação levará a mais comunicação (ROCHA, 2003, p. 190).

Vemos, portanto, que a Teoria dos Sistemas de Luhmann, se aplicada ao Direito, torna o Direito, como um todo, em um sistema social que ultrapassa dois paradigmas do Direito atualmente: i) a teoria normativista, que concebe o Direito como fechado em si mesmo por legitimidade advinda de validade que justifica,

numa regra de reconhecimento (rule of recognition) ou na norma fundamental (grundnorm), a sua estrutura; e ii) a teoria hermenêutica, que abre todo o sistema mas não encontra sua própria identidade social. Assim, a vantagem da abordagem luhmanniana do Direito é que se trata de um sistema, simultaneamente, aberto e fechado. A isso se dá o nome de autopoiesis, que é um sistema de repetição e diferença, equacionando sua unidade no paradoxo acima descrito (ROCHA, 2003, p. 198-199).

Seguindo o pensamento de Luhmann, um sistema autopoietico é vinculado ao tipo de operações que são realizadas e isso se aplica tanto à criação de operações vindouras, como à formação de estruturas no sistema. Ou seja, não há uma “diferença essencial” ou uma “diferença material” entre operação e estrutura. Nesse sentido, um sistema jurídico também possui sua própria criação jurídica e preserva sua estrutura, por ser operativamente fechado (LUHMANN, 2004, p. 97).

Pelo fato de o Direito ser um sistema social e operar de maneira fechada, podemos identificar a identidade cognitiva daquele sistema jurídico e, assim, avançar com maior segurança para a cognição aberta que os sistemas jurídicos necessariamente possuem. Porém, é fato que, quanto mais complexo é seu sistema, mais complexo é o ambiente no qual aquele sistema se desenvolve. Por isso, a Teoria dos Sistemas tem seu trunfo em se voltar para as questões de estrutura social interna e, no caso do Direito, para as questões jurídicas, a fim de compreender o Direito em suas relações sistema/ambiente, percebendo o pico de gravidade numa complexidade e seletividade inerente a essas relações (LUHMANN, 1983, p. 236).

Diante disso, talvez seria o caso de desenvolver um instrumento técnico-jurídico especial e dotado de um status constitucional que corresponda às exigências da Teoria dos Sistemas e, ao mesmo tempo, fuga da convencionalidade atual do pensamento teórico-jurídico (LUHMANN, 1985, p. 165). Não é coincidência, portanto, que Marcelo Neves traz sua tese de *Transconstitucionalismo*. Aqui, a abordagem é mais específica: há, sim, o entrelaçamento entre sistemas jurídicos; contudo, há questões comuns de direitos humanos e fundamentais atuando como legítimo direito constitucional do

futuro e demandando interdisciplinariedade do jurista (NEVES, 2009, p. 269).

Surgem, portanto, os problemas relacionados ao Terrorismo e às Organizações Terroristas. Na perspectiva de Visacro, a dificuldade já inicia da definição do que seria terrorismo, pois

[...] o cerne dessas questões reside na dicotomia existente entre o que é, de fato, terrorismo e aquilo que decidiremos chamar de terrorismo, pois se trata de dois conceitos bastante distintos. O primeiro diz respeito, sobretudo, ao pragmatismo das organizações militantes que se valem desse recurso operacional, importando-se apenas com seus resultados práticos. O segundo é afeto ao Estado e à sociedade civil, visto que se molda a uma pretense utilidade política, por meio de um enquadramento jurídico tipificado do crime de terrorismo (VISACRO, 2009, p. 281-282).

De semelhante perspectiva e complementando o pensamento de Visacro, Bruno Heringer Júnior analisa que

[...] as dificuldades [...] simplesmente decorrem da complexidade do fenômeno terrorista, bem como de sua natureza cambiante no curso da história, sem olvidar ainda do desacerto acerca de aspectos pontuais devido a interesses específicos próprios às entidades políticas envolvidas. Potências ocidentais ou asiáticas, nações islâmicas e países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento eventualmente apresentam visões distintas no que concerne aos traços adequados à sua definição. Como o termo apresenta uma carga pejorativa, nenhum grupo político aceita ter alguma de suas atividades etiquetadas como tal (HERINGER JÚNIOR, 2019, p. 186).

Assim, talvez seja necessário analisar brevemente a própria ação de terror, pois, a atividade terrorista demanda um repertório imenso de atividade que perpassa o senso comum, muitas vezes associada com um proselitismo que é vazio de sentido, somente com intuito de atingir objetivos psicológicos já determinados. Exemplos são vários, mas alguns se destacam, como ocorrência sistemática de sequestros e assassinatos e atentados por bomba, os quais são facilmente compreendidos pela população – e pela mídia – como atentado terrorista (VISACRO, 2009, p. 283).

Nesse sentido, a atividade terrorista alcança seus objetivos políticos por meio do que é denominado novas guerras, isto é, táticas de conflito que buscam a reivindicação do poder sobre a base de identidades que são, aparentemente, tradicionais: nação, religiosidade, tribo. Há, no pensamento terrorista, uma dissonância cultural crescente que afeta profundamente esses processos de mudança e pertencimento (KALDOR, 2001, p. 93-94). Esses conflitos oriundos das novas guerras ou das guerras irregulares facilita o ataque terrorista e a propagação de ideais políticos das organizações internacionais como Estado Islâmico e Al-Qaeda, pois são ataques informais, dinâmicos, de alta flexibilidade e mutáveis, agindo de forma assimétrica quando comparados com a guerra militar tradicional (VISACRO, 2009, p. 221-222).

Em outras palavras, a guerra irregular é uma forma beligerante na qual, transcendendo limites de teatro de operações, destacam-se forças nativas e que leva à propagação de táticas de guerrilhas, sabotagem, subversão e terrorismo (VISACRO, 2009, p. 222-223). Uma aproximação diferente dos conceitos entre terrorismo, guerrilha e insurgência é a proposta por Bruno Heringer Júnior, para quem o terrorismo é fenômeno que, diante das categorias acima, possui

[...] uma identidade própria. Comumente se confunde guerrilha e insurgência com terrorismo, apontados como formas de guerra irregular, já que todas as três atividades compartilham táticas (assassinatos, sequestros) e propósitos (intimidação da população). Contudo, diferentemente das atividades terroristas, guerrilha e insurgência referem-se a grupos mais numerosos de indivíduos armados que operam como unidades militares, atacam exércitos inimigos e buscam controlar territórios, utilizando, ainda, ao menos quanto à última, ações coordenadas para influenciar psicologicamente a população na luta contra algum governo nacional estabelecido, alguma potência imperialista ou alguma força de ocupação estrangeira (HERINGER JÚNIOR, 2019, p. 188).

Diante disso, o Transconstitucionalismo também se vê em perplexidade com a assimetria oriunda da guerra irregular com suas atividades terroristas, uma vez que o Transconstitucionalismo

[...] é obstaculizado ou prejudicado em virtude do fato de que, em determinados contextos, uma delas apresenta-se

demasiadamente forte em relação a uma outra, desconsiderando-lhe as pretensões e exigências. Essa maneira de sobreposição de uma forma de direito a uma outra não implica a formação de uma ordem ou organização hierárquica no sentido tradicional de uma estrutura escalonada, mas, antes, conduz a mecanismos difusos de opressão ou negação da autonomia de formas de direito por outras (NEVES, 2009, p. 280).

Essa situação é clara no tratamento de presos em Guantánamo. Em um momento histórico, a Suprema Corte dos Estados Unidos sentenciou que os detidos naquela prisão, em virtude de suspeita de participação ou contribuição para atentados realizados pelo Al-Qaeda, recebessem acesso ao Poder Judiciário para peticionar habeas corpus (NEVES, 2009, p. 215). Por qual motivo esse exemplo é importante na discussão? Importa no trabalho porque, evidentemente, é fácil tomar, pela força, uma forma assimétrica de ordem transnacional e submetê-la à força de uma ordem jurídica estatal simétrica. Mas destacando os direitos humanos e fundamentais, cuja temática perpassa sistemas jurídicos – ainda que não tradicionais –, o Transconstitucionalismo tem como desafio lidar com organizações transnacionais, abordar questões de direitos humanos e fundamentais e dialogar até mesmo com suspeitos – talvez até mesmo declarados culpados, após trânsito em julgado – de atividade terroristas no constitucionalismo moderno.

Considerações finais

Explanou-se, portanto, acerca do Transconstitucionalismo de Marcelo Neves e seus pressupostos teóricos dentro da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. De acordo com a dupla contigência, torna-se possível a diferenciação de ordens jurídicas diversas no ambiente, reconhecendo a identidade e alteridade um do outro, respeitando a operacionalidade fechada e não abrindo mão da cognição aberta sobre questões que procura resolver, como o tratamento pluridimensional de direitos humanos e fundamentais.

Ademais, percebe-se a dificuldade em lidar com ordens jurídicas distintas – assimétricas e não tradicionais – como as

organizações terroristas que, se por um lado atuam para destruição de inocentes e de locais públicos ao redor do mundo, de outro também têm implicações de conteúdo humanitário e constitucional a serem lidados, algo que o Transconstitucionalismo é candidato a lidar caso, durante a investigação, forem levadas às últimas consequências os seus programas e sua metodologia acima exposta.

Referências

HERINGER JÚNIOR, Bruno. O terrorismo em perspectiva história: em busca de um conceito juridicamente operacionalizável. In: ÁLVARES, Rodrigo Ríos; LEAL, Rogério Gesta; SBARDELOTTO, Fábio Roque (org.). **O direito penal e o processo penal como instrumentos de defesa de direitos públicos incondicionados: perspectivas brasileiras e chilenas**. Porto Alegre: FMP, 2019. p. 177-196.

KALDOR, Mary. **Las Nuevas Guerras** – La violência organizada em la era global. Barcelona: Tusquets Editores, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Law as Social System**. New York, EUA: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

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

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

VISACRO, Alessandro. **Guerra Irregular: terrorismo, guerrilha e movimento de resistência ao longo da história**. São Paulo: Contexto, 2009.

