



DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Volume 2

APRESENTAÇÃO

Desembargador Lourival Serejo

PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

PREFÁCIO

Alberto José Tavares Vieira da Silva

DESEMBARGADOR FEDERAL

Roberto Carvalho Veloso

JUIZ FEDERAL

ORGANIZADORES

José de Ribamar Froz Sobrinho • Roberto Carvalho Veloso • Marcelo de Carvalho Lima
Márcio Aleandro Correia Teixeira • Ariston Chagas Apoliano Junior



DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE

**ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO
REYNALDO SOARES DA FONSECA
VOLUME II**



Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Presidente Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa

Vice-presidente Des. Jaime Ferreira de Araujo

Corregedor-Geral da Justiça Des. Paulo Sérgio Velten



Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão

Diretor Des. José Jorge Figueiredo dos Anjos

Vice-diretor Des. João Santana Sousa



Universidade Federal do Maranhão

Reitor Prof. Dr. Natalino Salgado Filho

Vice-Reitor Prof. Dr. Marcos Fábio Belo Matos



Editora da Universidade Federal do Maranhão

Diretor Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira

Conselho Editorial Prof. Dr. Arkley Marques Bandeira

Prof. Dr. Luís Henrique Serra

Prof. Dr. Elídio Armando Exposto Guarçoni

Prof. Dr. André da Silva Freires

Prof. Dr. Jadir Machado Lessa

Prof^a. Dra. Diana Rocha da Silva

Prof^a. Dra. Gisélia Brito dos Santos

Prof. Dr. Marcus Túlio Borowiski Lavarda

Prof. Dr. Marcos Nicolau Santos da Silva

JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO
ROBERTO CARVALHO VELOSO
MARCELO DE CARVALHO LIMA
MÁRCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA
ARISTON CHAGAS APOLIANO JUNIOR
(Organizadores)

DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO
REYNALDO SOARES DA FONSECA

Volume 2

São Luís



2021

Projeto gráfico e capa Eduardo César Machado de Jesus
Revisão Ailla Rakel Viegas Gonçalves
Secretária Executiva Thays Froz de Brito
Foto Ribamar Pinheiro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598

Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca [recurso eletrônico]. / Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. – São Luís: ESMAM: EDUFMA, 2021.

652 p. -v.2

Recurso digital

Modo de acesso: World Wide Web

Vários autores

ISBN : 978-65-993764-1-2 (ESMAM)

978-65-89823-06-3 (EDUFMA)

1. Direitos Humanos. 2. Fraternidade. I. Fróz Sobrinho, José de Ribamar. II. Veloso, Roberto Carvalho. III. Lima, Marcelo de Carvalho. IV. Teixeira, Márcio Aleandro Correia. V. Júnior Apoliano, Ariston Chagas. VI. Título

CDU 342.7

CDD 341.481

Elaborada pela bibliotecária Manoelle Moraes dos Santos – Bibliotecária – CRB 13/921

Impresso no Brasil [2021] (versão impressa)

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, microimagem, gravação ou outro, sem permissão do autor.

ESMAM | Escola Superior de Magistratura do Estado do Maranhão

1346, Búzios, 1270 - Calhau, São Luís - MA, 65071-700

Telefone: (98) 3235-3231

<http://www.tjma.jus.br/esmam>

EDUFMA | Editora da UFMA

Av. dos Portugueses, 1966 – Vila Bacanga

CEP: 65080-805 | São Luís | MA | Brasil

Telefone: (98) 3272-8157

www.edufma.ufma.br | edufma@ufma.br

SUMÁRIO

- 10 **DÍVIDA FRATERNAL E POLÍTICA COMPENSATÓRIA: O DILEMA DA PROTEÇÃO, PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NA CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA**
REYNALDO SOARES DA FONSECA
GERALDA MAGELLA DE FARIA ROSSETTO
- 34 **DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE: ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF) PARA O PORTADOR DE DOENÇA GRAVE ASSINTOMÁTICO**
LUÍZ EDSON FACHIN
LUCAS BEVILACQUA
- 46 **O MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS
- 64 **DIREITOS HUMANOS, MEIO AMBIENTE E A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS**
ASSUSETE MAGALHÃES
MARCO TÚLIO REIS MAGALHÃES
- 91 **PANDEMIA, MODERNIDADES, CONFLITO E ESPERANÇA**
NÉFI CORDEIRO
- 104 **O DIREITO DE SER INFORMADO: PRESSUPOSTO AO PLENO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**
LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA
ISABELA MEDEIROS GURGEL DE FARIA
- 120 **O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O RECONHECIMENTO DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**
RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA

- 130 FRATERNIDADE E DESJUDICIALIZAÇÃO:**
CANDICE LAVOCAT GALVÃO JOBIM
LUDMILA LAVOCAT GALVÃO VIEIRA DE CARVALHO
- 149 PROJETO BIOMETRIA NA BAHIA 2019/2020: AMPLIAÇÃO DO ACESSO A JUSTIÇA ELEITORAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**
EDMILSON JATAHY FONSECA JÚNIOR
- 165 IMPROBIDADE E IMPROPRIDADE: DEPURAÇÃO DO REPERTÓRIO CONCEITUAL E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ**
GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO
KALIL SAUAIA BOAHID MELLO ALMEIDA
- 188 DIAGNÓSTICO DO HUUFMA EM JUÍZO: A SAÚDE ENTRE O NÃO-DIREITO E A MÁ GESTÃO**
FELIPE COSTA CAMARÃO
SÉRGIO FELIPE DE MELO SILVA
- 205 A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE E A SOLIDARIEDADE AMBIENTAL**
DELMO MATTOS
MARCIO ALMEIDA
- 213 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MODERNO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**
GABRIEL WEDY
- 244 NÃO VIOLÊNCIA, FRATERNIDADE E RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA**
CASSIUS GUIMARÃES CHAI
PEDRO HENRIQUE ROQUE LIMA
- 263 SINAIS DE FRATERNIDADE NA GESTÃO PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA DA UFMA NA CONDUÇÃO DO COMBATE À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS**
NATALINO SALGADO
- 275 SERVIÇO PÚBLICO, SOBREPRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE (FRATERNIDADE) E DIREITOS FUNDAMENTAIS**
JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA
- 299 PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E IMPUTAÇÃO SUBJETIVA CULPOSA NA IMPROBIDADE**
MARCIO SÁ ARAÚJO
- 315 DOLO PARA FINS DE INCRIMINAÇÃO EM APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA**
FABIANO FERREIRA LOPES

327 EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CÓDIGOS DE CONDUTA E DECRETO 9.571/18 NO PARADIGMA DA FRATERNIDADE

LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

344 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA:

ROBSON MAIA LINS

PABLO GURGEL FERNANDES

365 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SEUS REFLEXOS NA SEGURIDADE SOCIAL

MARCELLA ARAUJO DA NOVA BRANDÃO

379 O ACESSO À JUSTIÇA E O USO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS COMO MECANISMO FRATERO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

ARNELLE ROLIM PEIXOTO

MARIA DA GLÓRIA COSTA GONÇALVES DE SOUSA AQUINO

395 POLICIAMENTO DE PROXIMIDADE: AS NOVAS FRONTEIRAS ENTRE FRATERNIDADE E DIREITOS HUMANOS

MARCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA

ANDREYNNA BEATRIZ PEREIRA RODRIGUES

412 A RESPONSABILIDADE DO BRASIL POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS EM PIQUIÁ DE BAIXO

GLEUDSON MALHEIROS GUIMARÃES

431 A SUPERVISÃO DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DOS CASOS BRASILEIROS (1998-2019)

RENATA CALDAS BARRETO

VALÉRIA JANSEN DE CASTRO

452 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA IDOSA E A BUSCA DE UM MODELO NORMATIVO ADEQUADO À SUA EFETIVA PROTEÇÃO

NILZA REIS

472 FRATERNIDADE E A SEPARAÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO: A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE PRIVACIDADE

MARCIO LUIZ COELHO DE FREITAS

496 FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA: EXPRESSÃO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

520 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ENCRUZILHADA:

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO

534 POLICIAMENTO COMUNITÁRIO E PREVENÇÃO DO CRIME:

MÁRCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA

ELBER KENNEDY FERREIRA MORAIS

554 A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO DE PERSONALIDADE E O DIREITO DE REVISÃO DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LEI 13.709 DE 2018

BRUNO ARAÚJO DUAILIBE PINHEIRO

EDUARDO JOSÉ LEAL MOREIRA

HUGO ASSIS PASSOS

569 A REMIÇÃO DE PENA PELA ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO

590 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE:

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

MARLI MARLENE MORAES DA COSTA

612 A IGUALDADE DE GÊNERO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS A PARTIR DO VALOR PRINCÍPIO FRATERNIDADE

OLGA MARIA BOSCHI AGUIAR DE OLIVEIRA

637 INSTRUMENTALIZAÇÃO DE VULNERÁVEIS PARA PESQUISAS

MARIA AUXILIADORA MINAHIM

NATALIA PETERSEN

DÍVIDA FRATERNAL E POLÍTICA COMPENSATÓRIA: O DILEMA DA PROTEÇÃO, PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NA CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA

REYNALDO SOARES DA FONSECA¹

GERALDA MAGELLA DE FARIA ROSSETTO²

1. INTRODUÇÃO: PRIMEIRAS PALAVRAS

Haverá modo melhor de entender os direitos do que quando eles se fazem ausentes? Ou, de outro modo, não seria mais adequado entendê-los quando se apresentam presentes? Em relação aos direitos humanos, há – ou não há – correspondência dessas iguais indagações?

As prováveis respostas a tais questionamentos não são tão simples quanto parecem. Mais que isso, dispostas na ordem dos dias atuais, em que a civilização tecnológica está a demandar um poder extraordinário de transformações, faz-se importante reordenar o agir humano como questão fundamental de nosso tempo, tendo em vista a guarda protetiva que precisa ocorrer em prol do binômio geração presente e geração futura.

Efetivamente, nenhuma teoria ou disciplina estabelecida na civilização tecnológica pode responder isoladamente a esses desafios de forma que,

1. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor Adjunto (licenciado) da Universidade Federal do Maranhão. Doutor em Direito Constitucional pela Fadisop e Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional (UFMA/UFSC). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (UNB) e Especialista em Inteligência Financeira (ESAF). Email: reynaldo.fonseca@stj.jus.br

2. Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela UNISINOS. Procuradora Federal da Advocacia Geral da União (AGU), aposentada. Professora convidada de Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Membro da Rede Universitária sobre Estudos da Fraternidade (RUEF). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade; DataLab – Laboratório de Desenvolvimento e de Pesquisa em Gestão de Dados e, também, do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente – NEJUSCA; Email: geraldamagella@gmail.com

tomados em conjunto, são representativos de um “dilema” a ser considerado: o da proteção, promoção e defesa dos direitos humanos mediante a sua “ausência” ou “presença”.

Não por acaso, muitos acontecimentos, sobretudo, tragédias de que dão conta a atuação e a irresponsabilidade humana, denunciam exaustiva carga de violações de direitos, inclusive dos direitos humanos, e, também, anunciam o quanto os direitos e os direitos humanos requerem uma alta demanda protetiva.

No plano teórico, os cientistas sociais podem frequentemente sobrestimar a compreensão teórica dos problemas e, até mesmo, subestimar a complexidade e a incerteza das realidades sociais, sobretudo aquelas ligadas à concepção jurídica dos direitos e sua proteção, a justificar a magnitude do seu debate, envolto em um dilema (antes apresentado), e, em tal razão, é preciso trazê-lo para a esfera do pensamento jurídico segundo a gramática da dívida fraternal e da política compensatória ocorrentes na civilização tecnológica³, a garantir um novo agir dentro de uma nova ética – nos moldes do princípio responsabilidade conforme formulado por Hans Jonas (2006).

No plano dos fatos e das circunstâncias, a escalada da violência e, sobretudo, a violação dos direitos, cada vez mais recorrentes, estão a desafiar a recepção dos direitos, razão porque necessitam ocupar o pensamento central da segurança dos direitos humanos e da comunicação de suas liberdades.

O emblemático pensamento de proteção dos direitos humanos, que ocupou a cena de tempos atrás, também, segue na atualidade, às voltas com todos os possíveis direitos, dentre os quais há destaque para a política da proteção de dados e da segurança da informação.

Com efeito, independentemente, ao tratar da civilização tecnológica, seja do Século XX ou do atual Século XXI, os direitos demandam um fio condutor da sua rede: o da fraternidade. Aliás, um dos problemas que “atrasam” o reconhecimento da concepção jurídica da fraternidade é exatamente a tendência de fazer uma leitura que empobrece a realidade social, política, tecnológica e jurídica da sociedade.

Com essa finalidade, este tem como objetivo examinar a proteção, a promoção e a defesa dos direitos na perspectiva da dívida fraternal e da política compensatória, tendo como contexto a civilização tecnológica dos dias atuais – a mesma sociedade cuja abordagem centra-se no uso da *internet* como meio

3. A concepção de civilização tecnológica encontra-se recepcionada pelo legado disciplinar de Hans Jonas (2006), a traduzir um “princípio responsabilidade” como fio condutor para as demandas ocorrentes frente a um poder excepcional de transformações, muitas delas disruptivas.

de comunicação e interação social e que está sendo considerada como um gigantesco sistema de dados ou de processamento de dados, de onde decorre o destaque para um agir responsável.

Para que isso ocorra, não basta a adesão pura e simples da trilogia dos direitos – recepcionada pela proteção, promoção e defesa dos direitos – de forma que, em sua (re)afirmação, a concretização também precisa instalar-se em um universo que discuta, afaste, ou acolha a visão datacêntrica de mundo: qual a função que as decisões passarão a ocupar na rede? Eis aí o dilema a atravessar a entrega dos direitos.

A distribuição do texto, tomado para o desenvolvimento do estudo pretendido, encontra-se assim dividido, além da introdução, onde o propósito e o foco do estudo são apresentados; das considerações finais e das referências bibliográficas e outras mais. Senão, veja-se:

a) na primeira parte, o tema dos direitos na civilização tecnológica segue em análise em face de uma longa exclusão desigual e, em decorrência, está a apresentar alguns dados e considerações sobre a concepção contemporânea dos direitos, em especial os Direitos Humanos, expostos em face da proteção interna e internacional no âmbito global e regional, de onde decorre a atenção que se dá ao tema, em seu conjunto, a constituir o fio condutor e o amálgama do legado dos documentos internacionais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Constituição Federal, para citar alguns exemplos, a garantir o núcleo conceitual original da proteção de direitos;

b) a segunda parte propõe a apresentar a categoria da fraternidade, sua concepção e fundamentos, tendo como perspectiva a fraternidade que se encontra em contato com os direitos, presenciado em um passado recente, no presente e por um futuro que se avizinha - sem querer apostar em profecias, mas anunciar a travessia e modelo dos direitos, decisivos que foram e que são para as relações e os interesses da vida humana;

c) a terceira parte aborda a cultura de proteção, promoção e defesa dos direitos frente à dívida fraternal e à política compensatória, a dar conta da fundamentalidade do tema na contemporaneidade e doravante. É que os direitos, independentemente de sua classificação, quando expostos à sua própria tríade da proteção, promoção e defesa, contém um alerta de especial magnitude, a denunciar a presença real dos perigos a que estão expostos a humanidade – desde a não proteção, passando pelo não reconhecimento até a afirmação dos direitos, enquanto dignos de firme proteção.

A metodologia a qual se recorre para desenvolver a presente pesquisa refere-se ao método de abordagem dedutivo, pelo procedimento monográfico, e pela técnica de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, como também, a análise de textos referenciais e bibliográficos, inclusive monográficos, com ênfase para as temáticas abordadas em sua forma central ou transversal.

2. O TEMA DOS DIREITOS E DOS DIREITOS HUMANOS NA CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA: UMA LONGA EXCLUSÃO DESIGUAL, RESTRITIVA E NÃO FRATERNA.

Neste item, propõe-se examinar os direitos e os direitos humanos. O primeiro, refere ao conjunto, os direitos como um todo; o segundo, diz respeito aos direitos humanos, que usufruem de diversas concepções e características. Neste estudo, é tomada a concepção de Bobbio (2004, p. 22), em que o autor sustenta sua concepção em três dimensões: os direitos naturais são direitos históricos; nascem no início da era moderna, junto com a concepção individualista da sociedade; e, os DDHH se convertem em um dos principais indicadores do progresso histórico.

O tema dos direitos e do aspecto fundamental à proteção dos direitos comporta diversos pontos: desde uma certeza de sua complexa proteção, passando pelas promessas do Estado Democrático de Direito, até as razões de sua ordem prática na esfera jurídica, a dar conta de uma longa história de restrições de liberdades, desigualdades e, também, de violações à fraternidade que se sucedem. Referidos pontos coadunam com a questão do dilema – referindo-se às questões da proteção, promoção e defesa dos direitos humanos, conforme indicado no título do presente estudo.

Analisados em conjunto e submetidos aos fatos e circunstâncias dos dias atuais, essas três figuras – liberdade, representativa de restrições de direitos; igualdade, tomada associada à discriminação; e a fraternidade, porquanto importante à cooperação posta em redes comunicacionais e informativas - usufruem de larga recepção, em especial, tendo-se em conta a civilização tecnológica e da informação, ou seja, conforme lição de Mendes (2019, p. 162), frente ao fluxo intenso presente na moderna infraestrutura de comunicação e de informação, onde os direitos tendem a ser afetados ou influenciados pela lógica informativa. Senão veja-se, tomados em exemplo:

[...] i) o direito à igualdade pode ser violado a partir de decisões discriminatórias tomadas com base em bancos de dados raciais ou de imigrantes, prática conhecida como racial *profiling*; ii) a liberdade de exercício de trabalho pode ser afetada quando um candidato a emprego tem sua contratação recusada por constar em cadastros de pessoas que ajuizaram ações trabalhistas, [...]; iii) o livre exercício de trabalho também poderia ser violado a partir da exigência de testes genéticos como requisito para a contratação; iv) a proibição de embarque em aeronaves de passageiros registrados equivocadamente em lista de terroristas poderia constituir uma limitação à liberdade de ir e vir; v) a liberdade de reunião em espaço público pode ser afetada se os seus participantes forem filmados e registrados sem justificativa etc. (MENDES, 2019, p. 162).

Ora, todas as três temáticas declinadas – singulares e componentes de uma tríade⁴ - ocupam papel significativo quanto aos direitos humanos, exatamente por assegurar o reconhecimento e a observância universal⁵, efetiva e eficaz de princípios e de direitos, seja entre os povos dos Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição, quais sejam, os nacionais e os estrangeiros.

Nesse sentido, são pertinentes os Enunciados firmados pela Organização das Nações Unidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no dia 10 de dezembro de 1948 (BRASIL, 2020a), as quais conferem a condição de premissas fundantes aos princípios básicos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Em relação à liberdade, “Não obstante, os eventos trágicos na história da humanidade podem ser vistos como um fato relevante que amplia a margem de apreciação do Estado demandado quando o Estado regula a liberdade de expressão” (ALBUQUERQUE, 2019, p. 306), sua importância para a civilização tecnológica é sustentada primordialmente em relação às questões da privacidade e das restrições de direitos relativos ao próprio tema de que dão conta, sobretudo, os direitos de liberdades fundamentais, a defesa dos direitos

4. Pondera Baggio, a respeito da tríade da liberdade, igualdade e fraternidade: “a passagem de uma tríade a outra corresponde à passagem de uma concepção da vida e da pessoa a outra; em outras palavras, da valorização da dimensão pública a uma concepção na qual o que é ‘pessoal’ se reduz à mera dimensão privada (e, dessa forma, modifica-se também a percepção do conceito de pessoa). Nesse sentido, volta a atenção à tríade tradicional tem o significado de ‘libertar-se, de dar uma guindada, de abertura, a um projeto de transformação rumo à reconquista do espaço público’” (BAGGIO, 2009, p. 15)

5. Ainda, em Baggio está dito que: “Existem também, efetivamente, aqueles que não aceitam os processos de adequação a novas ‘tríades’ e começam a desenvolver uma idéia diferente: não se deve renunciar os princípios universais, mas ao contrário, superar os obstáculos que os refreiam e, sobretudo, considera-los todos e em sua completude” (BAGGIO, 2009, p. 15).

individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e as demais formas de intolerância que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, de direitos humanos e de liberdades nas esferas políticas, econômicas, sociais, culturais ou em qualquer outra dimensão da vida pública ou privada.

A temática da igualdade ocupa lugar de destaque na esfera do ordenamento dos povos, a ressignificar valiosas lições que insistimos em não aprender, como os decorrentes da própria vocação dessa categoria. Em relação aos direitos humanos, a igualdade tem especial força quando reexaminada sob o condão histórico. Cooperador no sentido da discriminação, tem-se os diplomas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 e da CRFB, de 1988.

Quanto à igualdade, não por outra razão, recorre-se ao texto constitucional, cuja lição é indubitável:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 2020b)

Ainda usufrui de peculiar importância ao tema da igualdade, os dispositivos conferidos pelo artigo 5º, da CRFB, de 1988, em que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” (BRASIL, 2020b).

A título ilustrativo em relação à problemática posta, toma-se em empréstimo a questão do racismo, tão prestimosa à política compensatória e, em sua decorrência, à dívida fraternal de que dão sustentação a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, de 1988)⁶, e, também, fornecem fundamentos a jurisprudência brasileira⁷.

6. Conforme disposição constitucional (BRASIL, 2020b), na recepção seguinte: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II – prevalência dos direitos humanos; (...); VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; (...)”.

7. Nesse sentido, ADI 3.330, voto do rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 17-8-2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/igualdade_etnico_racial.pdf. Acesso em 11 maio 2020.

Não por outra razão, Bobbio (1996, p. 31) empresta alguns significados para o princípio da igualdade, tomada na perspectiva das eliminações das discriminações, a saber: os naturais, como a raça (e cor) e o sexo; os histórico-sociais, como a religião, a opinião política, a nação (e língua) e a classe social; e os jurídicos, o *status* político ou civil que deriva do pertencimento a este ou aquele tipo de Estado.

Para tanto, o princípio da igualdade também alcança outros significados e, na construção, identificação e reafirmação da prática dos Direitos Humanos, tem-se fundamental apontar alguns outros contextos para a tradução do referido princípio, inclusive em relação a igualdade.

A orientação é que, a igualdade, na qualidade de agente de discussão a favor da eliminação da discriminação, tem assento na mesa de sua discussão, uma “paridade que substitui a igualdade” (BAGGIO, 2009, p. 14), de forma que, “a paridade no supérfluo esconde a desigualdade no necessário” (BAGGIO, 2009, p. 14).

Conforme registrou o Ministro Ayres Britto, na relatoria da ADI 3330, a igualdade porquanto se trata de um *discrímen*, uma base sustentadora que acompanha uma anterior e factual inferioridade, no sentido de que a desejada igualdade é quase sempre obtida pelo entrechoque de desigualdades (factual e jurídica, a contrabalançar o peso da primeira). Referida concepção homegeneia a máxima aristotélica a ponderar que a verdadeira igualdade está em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. (BRASIL, 2020c).

É fato que a igualdade, a exemplo de outros princípios fundamentais à organização dos sistemas dos povos, tem garantido seu lugar. Em demonstração, tem-se o preâmbulo que antecede aos Enunciados pela Organização das Nações Unidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos No dia 10 de dezembro de 1948 (BRASIL, 2020a), onde resta consignado:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Corroborando, quando tomada a igualdade em alusão à discriminação, o artigo 2º, parágrafo 2º da DUDH (BRASIL, 2020a), dispõe: “Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional

do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Nessa perspectiva, é condizente a enunciação de princípios perante a comunidade internacional, posto que a igualdade em relação aos direitos fundamentais decorre do “processo de gradual eliminação de discriminações” (BOBBIO, 2009, p. 93).

No dizer de Bobbio, a expressão igualdade de direito tem sido articulada em contraposição a igualdade de fato, correspondendo quase sempre à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial ou material. A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada. Significa o igual gozo, por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. (1996, p.29)

Há desafios das mais variadas ordens na concepção do princípio da igualdade quando associada à não discriminação, mas nenhum, provavelmente, usufrua de relevância, na civilização tecnológica que o necessário reconhecimento sobre a problemática, e depois, a hegemonia e a uniformidade com que são formulados e protegidos os direitos. É, pois, de singular importância a conformidade individual de direitos, o reconhecimento social e a acurada atenção às representações sociojurídicas.

A concepção de que, na sua disposição mínima, todos os seres humanos pertencem a uma certa igualdade, decorrente de uma determinada condição, é deveras paradoxal, porque, ao invés de incluí-los em um estatuto de igualdade de acesso mínimo de direitos, despreza-os, ressignificando-os, à míngua e a mercê de não inclusão ao conjunto dos direitos, conferindo-lhes a “qualidade” de inferiorizados em sua condição humana.

Há, ainda uma terceira categoria, a dar conta de uma perspectiva a atuar no nível, individual, coletivo e, após, a auxiliar pessoas na esfera de suas relações, instituições e do Estado. Trata-se da fraternidade, que tem em si um propósito maior: é de sua essência o compromisso de “resistir à crueldade do mundo” (MORIN, 2019, p. 43), ou de tentar compreendê-la, em sua tarefa de “herdeiros do pacto”, a lhe dar “coragem e ideais comuns para encarar a vida, o nosso ‘amor mútuo’” (LUBICH, 2013, p. 99).

A fraternidade disposta nos moldes da contemporaneidade segue examinada no item seguinte.

3. A FRATERNIDADE REEXAMINADA E A ENTREGA INTELIGENTE DE DIREITOS.

Foi-se o tempo em que a fraternidade era singela figura retórica do discurso, ou quanto muito um valor, ou mais ainda, um dom reservado à religiosidade. Sem quaisquer desconsiderações a essas qualidades, a categoria alçou outros “postos”, agregando reconhecimento, metodologia e método a lhe garantir lugar na ciência, de tal forma que, segue sendo objeto de estudo, para citar alguns exemplos, sem o condão da taxatividade, na Filosofia, na História, na Antropologia, na Ciência Política e no Direito. Interessa ao estudo a esfera jurídica, onde a fraternidade tem avançado a “olhos vistos”.

Na esfera jurídica, há dois níveis que podem ser examinados, para além da dimensão pública ou privada, como ponto de partida, no arcabouço da organização normativa, procedimental e processual da proteção dos Direitos Humanos, a mesma se dá pela proteção dos Direitos Humanos na ordem interna e internacional. Senão, veja-se.

Na esfera internacional, através do sistema global e dos sistemas regionais, sendo os principais documentos de caráter internacional e de condão geral do sistema global, dentre os quais, destacam-se, a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Trata-se da convencionalidade, ou, em outras palavras, ao redimensionar as decisões das Cortes Supranacionais, tanto mais se sustenta o controle de convencionalidade de Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Estado Brasileiro, o que prognostica uma qualificada recepção normativa de uma justiça para todos.

No âmbito nacional, a CRFB, de 1988 usufrui de importância fundamental, a nortear e dar sustentação às decisões proferidas no país em termos do princípio da fraternidade. A esse respeito, a lição de Machado (2017, p. 167) é esclarecedora, a dar conta da “gênese de sua garantia constitucional”:

[...] o compromisso do Estado com a construção de uma sociedade fraterna – e de todos os que se encontram submetidos à ordem jurídica brasileira – tem a sua sede, desde que compreendida inicialmente numa perspectiva meramente topográfica, no preâmbulo da Constituição de 1988. (MACHADO, 2017, p. 166).

Em uma brevíssima conclusão, a fraternidade “medida” pela esfera da convencionalidade e/ou da constitucionalidade, detém o condão de dar vez e

voz, fundamento e motivação nas jurisprudências e decisões, sejam de cunho internacional ou doméstico, por meio do melhor entendimento e da consistência dos conceitos fundamentais de Direitos Humanos.

Seja como for, na dimensão jurídica, conhece-se uma fraternidade com possibilidade de utilizá-la na esfera pública, e, em particular como princípio jurídico e político. Munida desse viés, a Fraternidade (todos nas mesmas condições - relação horizontal), antes que a Solidariedade (de “autoridade” em relação em relação ao Outro – relação vertical), a categoria passa a inaugurar, não somente um novo paradigma, mas referências complexas, indicativas de crescentes concepções, de um constante avançar, um “progresso histórico”. Senão, veja-se

Ocorre, os indicadores do progresso histórico se tomados em contraponto à fraternidade e sua condição jurídica e política, empreendida a luz de Bobbio (2004), referem-se à contínua e sucessiva luta da defesa e das conquistas de novas liberdades, e de novos direitos, em um processo de direitos que são ditos históricos (BOBBIO, 2004, p. 22); ou “paradigmas de novos direitos” (HABERMAS, 2002); ou direitos que se assentam na norma fundamental (KELSEN, 1973); ou direitos que se dão na relação da fraternidade (RESTA, 2004) e, nesta tarefa sem fim da ciência, direitos que são ditos direitos a dar conta da dignidade humana, e sua capacidade de conferir emancipação ao processo de progresso histórico.

Mais, direitos que recepcionados pela fraternidade, ensejariam a dimensão de “*novo* paradigma – o Direito à Fraternidade”, que, segundo Veronese, estaria centrada na esfera do ser humano (2011, p. 121).

Portanto, além de comportar um espectro de muita relevância, afeita ao campo da cooperação, o exercício da fraternidade, quando elevado ao nível das relações dos homens e de seus interesses, incluindo os seus direitos, tem proporcionado: típicas afinidades que conferem à vida humana a capacidade de sobreviver, de ter chegado até aqui, e não, propriamente, a sua condição de agressividade. É fácil pressentir que, toda vez que um ser humano quedou-se sem condições de trabalho, por exemplo, foi um “outro”, ou até mesmo uma comunidade humana, ou na sua ausência, pode ter sido o Estado que permitiu a sobrevivência daquela pessoa, de forma que, não estamos sós: a fraternidade é um guia, tal como um luzeiro a nos permitir estar em sociedade, realizando pactos e na convivência de uns e outros.

A fraternidade é esse grande estímulo para que nos mantenhamos vigilantes e em constante cooperação, contra a violência e o ódio de toda espécie. Associada à tecnologia, ela é um “dado”, que disposto na civilização tecnológica, está a proporcionar um modelo científico de aprendizado, cuja base é o vínculo de uns e outros, segundo um padrão mínimo de relacionalidade. Mais que isso, nos moldes conforme acentua Baggio (2006, p. 120), “Hoje à luz da fraternidade, é possível discernir de maneira ainda mais acentuada o alcance revolucionário das suas inovações”.

Baggio (2006), ao referir-se a palestra de Chiara Lubich, apresentada em San Macuto, a respeito do Carisma da Unidade, apresentou uma síntese pertinente: o dom, o Carisma da Unidade e o viver⁸, em que “abriu caminho para os homens que atende as exigências dos tempos e da sociedade humana, por estimular e formar as pessoas a serem construtoras de unidade, de fraternidade, de solidariedade e de paz no mundo em que vivemos” (2006, p. 43).

Nesse sentido, a fraternidade guarda profundo vínculo com “ajuda mútua”, conforme revela Morin (2019, p. 17), de onde decorre que referida categoria pode ser partícipe e prestar verdadeiro contributo ao tema da cooperação, tão necessário aos direitos humanos, em sua correspondência com a civilização tecnológica, de forma que,

redes de ajuda mútua contribuem para a formação e o desenvolvimento de oásis de fraternidade. Tais oásis podem ser restritos a uma casa, a uma família, ou a conjuntos mais amplos nos quais a agroecologia se combina com uma escola e uma instituição cultural (2019, p. 45).

A fraternidade, que se tem tomada na dimensão do amor mútuo e como realidade institucional, apresentada na comunidade política, se dá sob três aspectos de amor mútuo, segundo apresenta Baggio (2006, p. 120-123). Anota-se: i) o amor mútuo como lei, tem a ver com o aspecto normativo que encontra na lei a chave para o caminho a percorrer e os limites a garantir; ii) o amor mútuo como processo ou procedimento estabelecem o modo concreto de se amar, a garantia da reciprocidade e da doação; e iii) o amor mútuo como forma das instituições.

Pizzolato aponta que a raiz geral da fraternidade encontra-se na solidariedade entre homens unidos por igual condição. O pressuposto constitucional personalista revela que os irmãos pertencem todos à comunidade interdependente

8. Referindo-se ao Evangelho (2006, p. 43).

como estruturalmente dependente do outro. A igual dignidade social também pode assumir esse significado (2012, p. 120).

Ocorre, esse “parque fabril de dados” ensejados pela fraternidade, aplicado à proteção de direitos, enseja um mecanismo, uma fonte informativa, cuja única função reúne dados e mais dados, a transformar desejos, aptidões, experiências e interesses, sobretudo, informações e direitos, que, violados, deterão a qualidade de “fluxo de dados” ou de “conflitos” e, quando redimensionados, estarão sob o amparo de decisões, as quais, submetidas ao controle da tutela jurisdicional – da convencionalidade ou da constitucionalidade – doam-se em um dos mais elevados graus de defesa e de proteção de direitos, ainda que, do seu resultado, também não escape a promoção e especial configuração de um sistema inteligente de direitos.

4. A POLÍTICA COMPENSATÓRIA E A DÍVIDA FRATERNAL: EM DEFESA DA PROTEÇÃO E DA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

Para atender a proposta deste item, é necessário trazer alguns esclarecimentos iniciais objetivando apresentar o contexto em que os três principais temas – i) dívida fraternal, ii) política compensatória, e iii) direitos humanos – devem ser acolhidos em sede de defesa, proteção e promoção dos direitos humanos e, desse modo, articular a tríade que compõe a sustentação histórica desses direitos, tendo como base sua composição principiológica. Salienta-se que a fraternidade será examinada como fio condutor dos três referidos temas, sobretudo porque, na esfera deste estudo, referida categoria enseja a configuração dos direitos humanos.

Ora, a dificuldade com que, no processo histórico, os acontecimentos dão lugar a muitas violações de direitos, inclusive de direitos humanos, cujos eventos trágicos, com o passar dos anos, ressignificam-se, e, em uma virada paradigmática, ocasionam um giro a conferir reorganização aos direitos que, então, passam a usufruir de nova interpretação e recepção jurisprudencial. Obviamente, o anseio é que casos que tais pudessem desde sempre terem sido objeto de julgamentos ocorridos prontamente.

Nesse sentido, já tarda a chegada de decisões que estão a cobrar a participação dos princípios chaves que conferem sustentação à DUDH (1948), e, em contrapartida, são os mesmos princípios ali presentes que dão ordem a um

dos importantes instrumentos jurídicos que consolidam a base dos direitos humanos – no caso, a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Os princípios que compuseram a tríade da Revolução Francesa em 1789, requalificaram-se. A liberdade e a igualdade, na condição de princípios-deveres, passou a atuar nas Constituições, chance essa que não obteve a fraternidade⁹, conforme aponta Baggio (2009, p. 9). Ora, essa situação é um “retrato” daqueles tempos, não uma condição na contemporaneidade.

Há razões que assim confirmam, e ambas, liberdade e igualdade, não são de serem desprezadas, exatamente pela complexidade com que a fraternidade se faz, distintamente das suas coirmãs. Portanto, de sua natureza dita complexa, em relação à fraternidade, “Somente a Revolução de 1848 eleva-a à condição de ‘divisa’ oficial da França republicana, projetando seu significado retroativamente na história e transformando-a na divisa de 1789” (BAGGIO, 2009, p. 9-10).

Contudo, a referência à liberdade e à igualdade não bastaram. Recorreu-se à fraternidade que é a lição a ser tomada para os urgentes dias atuais. Mas a História, não a revelará de pronto com essa conotação, é preciso retroagir no tempo, nesse próprio período, e entender porque a dupla liberdade-igualdade foram tão bem recepcionadas, enquanto a fraternidade, mais que um dado ou um fato, irá seguir sua vocação, como portadora de um certo mistério: o desprezo de sua condição e até o desconhecimento de sua existência. Mesmo a sua expressão jurídica, somente veio a ser reconhecida recentemente.

Ocorre, os tribunais brasileiros têm se posicionado favorável ao tema da fraternidade¹⁰. Com efeito, apesar de dependente de difusão, a fraternidade

9. Além da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, de 1988), que possui exposição preambular relativa à fraternidade, em específico “sociedade fraternal” (BRASIL, 2020a), a “fraternidade” – ou a expressão “fraterna” – está presente em diversas constituições estrangeiras, fazendo coro ao princípio disposto no preâmbulo da CRFB, de 1988 e no art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), razão pela qual detém aptidão capaz de ensejar força normativa na sociedade tecnológica. Jaborandy observou que “Após analisar as Constituições de todos os países constatou-se que 29 trazem expressamente os termos fraternidade ou fraterna” (2020, p. 80). A título ilustrativo e segundo colhido de sua tese (MACHADO, 2020, p. 80-83), encontram-se ali referidas, dentre outras, a Constituição Portuguesa, a Francesa, a Dominicana, de Angola, da Eritreia, da Índia, da Libéria, do Marrocos, da Namíbia, do Senegal, de Seychelles, do Timor Leste, da Tunísia, da Tanzânia, a Francesa, do Camarões, de Chad, do Congo, da República Democrática do Congo, da Etiópia, da Guiné Equatorial, do Haiti, do Irã, da Mauritânia, do Níger, do Paquistão, do Qatar, do Sudão do Sul e do Sudão, para citar alguns exemplos.

10. Os Acórdãos seguintes dão conta de que a categoria da fraternidade tem sido reconhecida em diversos julgados perante o STJ, tais como, HABEAS CORPUS Nº 110.687 - GO (2019/0094503-0), HABEAS CORPUS Nº 483.373 - SP (2018/0330112-2), HABEAS CORPUS Nº 489.721 - SP (2019/0014305-7), HABEAS CORPUS Nº 490.782 - SP (2019/0024383-7), HABEAS CORPUS Nº 505.075 - MG (2019/0110265-0), HABEAS CORPUS Nº 513.680 - RS (2019/0160344-7), RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 114.347 - RS (2019/0174804-0), com relatoria do Ministro Reynaldo

vem recebendo reconhecimento em decisões de alta complexidade, inclusive nos tribunais superiores. No Habeas Corpus nº 554892 - RO (2019/0385486-2), de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em que, configurada na espécie, flagrante ilegalidade, foi concedida a ordem de ofício para determinar que o paciente seja imediatamente colocado em prisão domiciliar para que possa realizar o respectivo tratamento de saúde, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais (BRASIL, 2020d).

As razões para tanto, restou assim determinada:

Ainda sobre o tema, é preciso recordar que a interpretação humanista decorre do acolhimento constitucional da fraternidade como categoria jurídica:

- a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e viceversa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;
- b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);
- c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional. (BRASIL, 2020d).

De igual forma, no Habeas Corpus nº 562452 - SC (2020/0040462-5), também de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, configurou-se situação processual semelhante, e, de igual forma, caracterizada na espécie, flagrante ilegalidade, foi concedida a ordem de ofício para determinar que a paciente fosse imediatamente colocada em prisão domiciliar, uma vez que “[...] com a Lei n. 13.769/2018 que incluiu o § 3º, no art. 112, na Lei de Execução Penal, passou-se a prever a exigência do cumprimento de 1/8 (um oitavo) da pena no

Soares da Fonseca, como também, HABEAS CORPUS Nº 479.631 - SP (2018/0307204-5), do Ministro Ribeiro Dantas; AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.233.511 - SC (2018/0010125-0), RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO; e na esfera do STF, a rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, também já a reconheceu, no RHC Direito Processual Penal – Conflito de competência 146303.

regime anterior, somado a outros requisitos, no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência” (BRASIL, 2020e) e, em especial,

Por outro lado, a proteção da integridade física e emocional dos filhos decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

(...)

Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

- a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e viceversa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;
- b) O princípio da fraternidade é um macrop princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);
- c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional. (BRASIL, 2020e)

Nessa perspectiva, segue inquestionável a influência com que a fraternidade tem conferido aos direitos humanos, de onde advém uma especial vantagem: analisar os Direitos Humanos e a produção de sua proteção, promoção e defesa, ainda que, a seu modo, “o princípio responsabilidade” (2006) detém o *background* relativo à matriz teórica de Hans Jonas, cujos atos, na cena jurídica contemporânea, encontram-se profundamente influenciados pelas ameaças do progresso tecnológico, a comportar um mínimo agir humano responsável, apto a escolher entre o “bem e o mal” de que dão conta o princípio e a prática do referido princípio¹¹.

11. O “princípio” e a prática do princípio responsabilidade é uma referência expressa à duas obras de Hans Jonas: *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica* (2006) e *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad* (1985). Ambas constam do trabalho e das referências.

Nesse particular, a obra de Hans Jonas (2006, 1985) enseja reveladora do princípio responsabilidade e de sua técnica e ética, qual seja, o marco civilizatório da história atual, quanto ao agir pelo pacto transgeracional, em sua aproximação da gênese correspondente à responsabilidade e ao compromisso que dali decorre, atua como sinal da política compensatória e, em sua decorrência, assume um tal pagamento contraído pelo processo histórico, que recebe a denominação de dívida fraternal.

Essas duas referências (dívida fraternal e política compensatória) estão a demandar especial compreensão, dado o pouco reconhecimento e adoção que estão a usufruir. Ainda que se trate de situação corrigível, a adoção dessa dupla detém particular relevância na resolução de casos jurídicos, de forma que, contrariamente ao que se pode supor, a presença de ambas as temáticas, como razão e motivação de decidir, estão a conferir peso, valoração e dinamismo a outro tema – o da fraternidade.

De igual modo, a título exemplificativo, declina algumas situações que muito bem ilustram que casos jurídicos podem ser examinados enquanto pertencentes a condições que tais, característicos de se fazer denunciadas a dívida fraternal e a política compensatória. Senão, veja-se, conforme decidido na ADI, de relatoria do Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2020c):

É o que sucede, por exemplo, com a categoria profissional dos empregados, a receber do art. 7º da Constituição um rol de direitos subjetivos frente aos respectivos empregadores, a fim de que tal superioridade jurídica venha a compensar, de alguma forma, a inferioridade econômica e social de que eles, empregados, reconhecidamente padecem. Diga-se o mesmo dos dispositivos constitucionais que favorecem as mulheres com uma licença-gestação de maior durabilidade que a outorgada a título de licença-paternidade (art. 7º, XVIII) e com a redução em cinco anos da idade cronológica e do tempo de contribuição previdenciária de que elas precisam para o gozo das respectivas aposentadorias (art. 40, § 1º, III, *a*, combinadamente com art. 201, § 7º, I e II). Tudo nos combinados pressupostos de que a mulher sofre de percalços biológicos não experimentados pelo homem e que mesmo a sociedade ocidental de que o Brasil faz parte ainda se caracteriza por uma cultura machista ou da espécie patriarcal (predomínio dos valores do homem). Também assim a regra de tombamento de “todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, § 5º), a significar uma enfática proclamação de que o componente negro do sangue brasileiro, sobre estar reforçadamente a salvo de discriminação (art. 3º, IV, combinado com art. 5º, XLII), é motivo de orgulho nacional e permanente exaltação. (BRASIL, 2020c).

Nesse sentido, a “interferência” por meio da fraternidade, se justifica acaso estiver em conformidade com um teste de dois níveis: o teste da dívida fraternal e o teste da política compensatória, a conferir, se a existência da razão - ou das razões - em que se baseou a decisão, restam adequadas, se eram relevantes, suficientes, e se a “interferência” – igualmente representativa de ambas – estão em correspondência à necessidade social e a corrigir uma possível distorção de cunho fraternal, que são as relações definidoras do perfil fraternal contido no caso concreto.

Conforme adverte o Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2020c): “Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções”.

Lança-se mão exatamente de seu processo histórico – tão caro às categorias da dívida fraternal e da política compensatória – para que, de igual forma, possam ser tecidas as considerações que oportunizarão, de um lado o processo histórico dos três princípios, e, de outro, os seus efeitos, a dar azo à construção de níveis investigativos: uma certa compensação para esse ou aquele fator, a fim de que, de alguma forma, uma tal conotação jurídica possa reparar uma certa dívida de direitos por meio de uma compensação, muitas vezes, vinculadas a uma necessidade social premente.

Esse é o relato, do que segue nominado por “dívida fraternal” e seu par substantivo, a “política compensatória”, conforme encontra-se recepcionada pela jurisprudência brasileira, segundo o ensinamento do Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2020c), que assim se posicionou:

Uma espécie de pagamento (ainda que tardio e insuficiente) da **dívida fraternal** que o País contraiu com os brasileiros afrodescendentes, nos ignominiosos séculos da escravidão negra. Numa frase, não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. Um mecanismo jurídico de se colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual). Modo estratégico, por consequência, de conceber e praticar uma superior forma de convivência humana, sendo que tal superioridade de vida coletiva é tanto mais possível quanto baseada em relações horizontais de base. (grifo nosso)

Bem se vê, o destaque conferido a duas figuras, no caso, à fraternidade (dívida fraternal) e à política compensatória – essa a demandar uma compreensão principiológica decorrente de duas ordens (o princípio responsabilidade e uma condução política da própria fraternidade, que, ao lado da igualdade e da liberdade, estão a compor uma dinâmica – no caso uma certa política compensatória. A esse respeito, o Ministro Ayres Britto (BRASIL, 2020c) pontua:

Acontece que a imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos (personifiquemos as coisas, doravante). Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal.

O fato de ter a fraternidade emprestado embasamento à consolidação normativa constitucional tem sido reforçado pela jurisprudência, de forma a conferir o contraponto e sustentação a sua própria temática, em especial a sua própria concepção, o que, em termos de defesa dos direitos humanos, é digno da melhor medida: prestar ouvidos ao seu modelo substantivo de fraternidade em seu processo normativo, a dar sustentação ao seu correspondente processo decisório. Estão aí postas as balizas para a adoção da dívida fraternal e da política compensatória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A NECESSÁRIA REAFIRMAÇÃO DOS DIREITOS

A ideia de fraternidade remonta ao tempo das primeiras civilizações e, após, acompanhou os primeiros cristãos, mas lhe faltou o adequado batismo, enquanto o exercício de sua comunhão, perdura no tempo. Se esse fato por si não justifica a entrada tardia da fraternidade, mas é um dado de sua história, a contribuição mesma da fraternidade, na esfera da civilização tecnológica – sobretudo, em decisões cujo tema tem alcançado cada vez mais notoriedade, de forma que, na esfera jurídica, tem sido fundamento e motivação em decisões judiciais, como, aliás, está a ocorrer nas questões que demandam discussões e a dimensão do tempo histórico.

Além do que, nos últimos tempos, à fraternidade tem sido dispensado uma razoável manifestação de interesse, sobretudo quando se trata da possibilidade

de referendá-la como princípio jurídico e político. Para tanto, começam a ganhar corpo e sustentação a incorporação dessa categoria na jurisprudência brasileira, conforme depreende-se de vários julgados.

Ganharam destaques no presente estudo a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em dois julgados: HC 554892 - RO (2019/0385486-2) (BRASIL, 2020d); HC 562452 - SC (2020/0040462-5) (BRASIL, 2020e); dentre outros. Notadamente, quanto à dívida fraternal e a política compensatória, foi examinada a ADI 3.330, que foi relator o Ministro Ayres Britto, que emprestou fundamento à dívida fraternal e à política compensatória.

Também, conforme exposto, percebeu-se que há uma variada disposição de temas que estão sendo incorporados nas escolas de pensamento, dispensando luz ao papel que a fraternidade teve e tem em vários pontos de estudos. Portanto, a fraternidade pode trazer aos diversos referentes culturais, novos referenciais: cooperação entre os países e dimensões geopolíticas próximas ou distantes, como também, em muitas disciplinas, uma nova perspectiva de fraternidade, atualizada aos diferentes contextos, em especial uma quase consolidação da concepção político-jurídico.

Foi apresentada a “política compensatória”, a corrigir esse modo histórico de não entrega de direitos, muitas vezes enfrentado por vulneráveis, como é o caso daqueles que, vivenciaram e enfrentaram questões de violações de seus direitos, sejam da ordem de preconceito e de discriminação, a qual deverá ser corrigida por um novo agir e reconhecimento, a “dívida fraternal” centrada em uma espécie de “dívida-pagamento”, uma tal responsabilidade, ainda que tardiamente entregue, que o País ou a sociedade, muitas vezes contraem pela própria dificuldade em perceber a existência ou a violação de certos direitos, conforme demonstrado pela jurisprudência brasileira.

Assim, a compreensão e a aplicação da fraternidade, quanto aos aspectos examinados – no binômio da dívida fraternal e da política compensatória – exatamente porque advindos da fraternidade universal, deram conta dos seguintes contributos:

- i) além de uma contribuição original, a compreensão de que são as relações definidoras do perfil fraterno, ampara uma condição de reparar, centrada em uma espécie de dívida-pagamento (mesmo que tardio e insuficiente, conforme ponderou o r. *decisum* examinado);
- ii) para aquelas situações, em relação à ordem pública, ao emprego e ao futuro, que não forem adequadamente reparadas, de forma que, toda

superioridade juridicamente construída, se der conta de negar a fraternidade, poderá estar em débito, i.é, em dívida fraternal;

- iii) a política compensatória é, pois, esse “mecanismo jurídico” apto a dar condições para que a sociedade adote uma posição de horizontalidade segundo uma convivência fraterna;
- iv) trata-se de uma inversão, um novo paradigma de tendência, não importando se ainda há um longo caminho pela frente em busca de sua consolidação;
- v) por mais que se possa perceber a presença de estudos voltados a ideia da fraternidade, quase que um “clássico”, a fraternidade é um dado, e, somente o recolhimento de suas informações, fará dela uma categoria que caminha para pertencer a várias tradições. No momento, não se pode dizer de seu pertencimento a uma única tradição de estudos;
- vi) em síntese, as duas categorias foram tomadas neste estudo com as seguintes considerações: política compensatória e dívida fraternal, ambas são duas faces da mesma moeda – a verdadeira proteção de direitos, reconhecidos pela esfera de um Estado, ou de alguns Estados ou de todos os Estados, e quem sabe até mais, com a comunidade internacional, ou parte dela, de forma a cumprir a ação de quem deveria ter sido por tais direitos responsáveis.
- vii) afastada a prática de um *déficit* democrático, no âmbito da esfera política, a própria política compensatória – não importa se dentro de regular processo administrativo ou legislativo ou executivo ou até mesmo, como é o caso do presente estudo, sob a determinação de uma tutela jurisdicional – comporta as bases para uma dívida fraternal de consecução e entrega de direitos.

Ainda, foram três as categorias declinadas, as quais foram tomadas como pano de fundo para a exposição do presente, em que constam analisadas sob a perspectiva da fraternidade, nos moldes conforme se encontra recepcionada, especialmente pela jurisprudência, e, assim, incluem um importante tema ao conjunto dos direitos e dos interesses dos seres humanos. Senão, veja-se:

- i) a primeira categoria referiu-se ao arranjo dos direitos, considerado sob a dimensão da proteção, promoção e defesa desses direitos, sendo que, tais direitos encontram-se neste indicados como pertinentes aos seres humanos, conforme se encontram recepcionados nos documentos

internacionais, como, também, nos moldes em que previstos no ordenamento brasileiro, e, em especial, conforme contidos na CRFB, de 1988.

- ii) grosso modo, referidos direitos foram tomados no estudo, independentemente da classificação que possa ser recepcionada. Sob esse tema, aliás, é importante levar em consideração o conceito que usufruem tais direitos, sobretudo quando em contato com a fraternidade, conforme também reconhecido pela doutrina, e apresentado no presente estudo;
- iii) a segunda e a terceira categoria dizem respeito, ambas, à *dívida fraternal* e à *política compensatória*. Essas duas figuras, apesar de pouco difundidas, vêm recebendo reconhecimento em decisões judiciais de relativa complexidade, cujos direitos buscados foram submetidos a decurso de tempo, de onde advém uma dívida construída a custa de envolvimento histórico, emergente das lutas, da emancipação do homem e das transformações das condições de vida e da sociedade tecnológica, ou ainda, pela falta, pelo pouco, ou breve reconhecimento de direitos, como sói ocorrer com a proteção dos direitos propriamente ditos, quando, exatamente, por outro modo, a injustiça seguirá ou poderá ser a regra.
- iv) é salutar que se passe a incorporar o padrão de recepção que ambas as categorias, então indicadas, para que possam acolher e fornecer novo arranjo e fundamento aos direitos essenciais, a dar mostras de um juízo que leva à realização concreta desses direitos, a anunciar uma necessária conexão entre meio e fim, entre proteção e realização dos direitos.
- v) apesar de pouco difundidos, esses conceitos, vem recebendo reconhecimento em decisões de alto níveis, quando, exatamente como foi anunciado, a injustiça poderá ser a regra e necessita ser corrigida. É, pois, salutar que se passe a apresentar as razões para que, como oportunidade, possam questões como essa, serem acolhidas em sua magnitude e grandeza.

Avançar, desconhecendo certos direitos é agir como se certos direitos não existissem. Mais que isso, implica tratá-los como se anestesiados estivessem. Portanto, com essa conduta, será significativa a violação aos direitos e à qualidade e compreensão da própria justiça, justificando que outro modelo há de ser levado a termo, a indicar que há um modo de corrigir a distorção referente a violação de direitos que não oportunize um agir responsável, segundo o padrão do princípio responsabilidade: a integridade humana, um dos objetos do seu querer, sinal de compromisso transgeracional.

Para finalizar a concepção que se apresenta na civilização tecnológica, conforme deu conta a pesquisa, encontra-se recepcionada pela dimensão de Hans Jonas (2006), a traduzir um princípio responsabilidade como fio condutor para as demandas ocorrentes frente a um poder excepcional de transformações, muitas delas disruptivas.

É por decorrência da amplitude do seu enfoque, pela abrangência e novidade da temática e pela magnitude da realidade do seu debate, envolto em um dilema (exposto na pesquisa) que esse texto merece ser trazido para a esfera do pensamento jurídico: dívida fraternal e política compensatória, ocorrentes na civilização tecnológica, necessitam de uma nova compreensão voltada ao princípio responsabilidade – a garantir um novo agir dentro de uma nova ética – a ética fraternal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos: seleção de opiniões**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BAGGIO, Antonio Maria (organizador). **Reflexões para a vida pública: a cultura da fraternidade e a política**. São Paulo: Cidade Nova, 2006.

BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In: BAGGIO, Antonio Maria (organizador). Tradução Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Vargem Grande Paulista-SP: Editora Cidade Nova, 2009, p. 9-20.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade. (Egualianza e Libertà)**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Nelson Coutinho. 5ª. Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier - Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. (Pietro Polito, org.). Tradução: Daniela Versiani. Barueri-SP: Ed. Manole Ltda., 2009.

BRASIL. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020a.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 maio 2020b.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**. ADI 3.330, voto do rel. Ministro Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 17-8-2017. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/igualdade_etnico_racial.pdf. Acesso em 11 maio 2020c.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 554892 - RO (2019/0385486-2), rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=108618456&num_registro=201903854862&data=20200420. Acesso em 15 abr.2020d.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 562452 - SC (2020/0040462-5), rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=108361894&num_registro=202000404625&data=20200407. Acesso em 15 abr.2020e.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de Teoria Política**. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para Proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais**. Tese de doutorado em direito. Programa de pós-graduação da UFBA. Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20048/1/CLARA%20CARDOSO%20MACHADO%20JABORANDY.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. (Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez). Rio de Janeiro: Contraponto, Ed. PUC-Rio, 2006.

_____. **Técnica, Medicina y Ética**: sobre la práctica del principio responsabilidad. (Tradução Carlos Fortea Gil). Barcelona/Buenos Aires, Ed. Paidós Ibérica y Ed. Paidós, 1985.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** (Reine Rechtslehre). Tradução Dr. João Baptista Machado. 4ª. Ed., Coimbra-Portugal: Arménio Amado Editor, sucessor Ceira, 1976.

LUBICH, Chiara. GILLET, Florence (Organizadora). **O Amor mútuo**. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: Linhas gerais de um novo direito fundamental. 2ª. tiragem. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídica: Fundamentos e Alcance** (Expressão do Constitucionalismo Fraternal). 1. ed. Curitiba: Appris, 2017.

MORIN, Edgar. **Fraternidade: para resistir à crueldade do mundo**. Tradução Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Palas Athena, 2019.

PIZZOLATO, Filippo. **Il principio costituzionale di fraternità: itinerário di ricerca a partire dalla costituzione italiana**. Roma-IT: Città Nuova Editrice, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A academia e a fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do Direito. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 109-132.

DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE: ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF) PARA O PORTADOR DE DOENÇA GRAVE ASSINTOMÁTICO

LUÍZ EDSON FACHIN¹²

LUCAS BEVILACQUA¹³

1. INTRODUÇÃO

O ato de prestar uma homenagem, por si, não é dos mais simples: demanda-nos vínculo e afinidade de ideias para com o homenageado. Homenagear um Professor que, muito além do mister de ensinar, traz consigo a sina de inspirar, se revela ainda mais complexo.

Todo esse desafio, no entanto, se torna mais prazeroso quando estamos incumbidos de prestar uma fraterna homenagem ao Professor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quem com grande estilo soube não só abstrair o princípio constitucional da fraternidade da Constituição de 1988¹⁴, mas, sobretudo, revelar sua aplicação nas diferentes relações jurídicas mediante as eficácias vertical e horizontal dos Direitos Humanos, o que já fomentou vasta produção científica.¹⁵

12. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doutor e Mestre em Direito e Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). gabineteedsonfachin@stf.jus.br

13. Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG) e Coordenador do Observatório da Macrolitigância Fiscal (IDP). Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP). Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). E-mail: Lucas.bevilacqua@gmail.com

14. Cf. FONSECA, Reynaldo Soares da. *Princípio Constitucional da Fraternidade*. Belo Horizonte: D'plácido, 2019.

15. Cf. FONSECA, Reynaldo Soares da e VERONESE, Josiane Rose Petry. *Literatura, Direito e Fraternidade*. Florianópolis; E-mais, 2019. _____ & VELOSO, Roberto Carvalho. *Justiça Federal: estudos em homenagem ao Desor.Leomar Amorim*. Belo Horizonte: D'plácido, 2019. SANCHES & POZZOLI, Clarissa e Lafayette. *Fraternidade e jurisprudência: uma análise hermenêutica* - em homenagem ao Min.Reynaldo da Fonseca. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

O prazer em prestar esta singela homenagem pelas décadas de magistério superior do Professor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, junto à centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), vossa *alma mater*, contrasta com a tormentosa eficácia dos Direitos Humanos e do princípio constitucional da fraternidade nas relações entre Fisco e contribuintes, estruturalmente constituídas e balizadas pelos princípios da legalidade e da capacidade contributiva, respectivamente.

Há tempos discute-se nos Tribunais Superiores a aplicação da isenção tributária prevista no art. 6º, XIV, da Lei n.7.313/1988 que está a prever a dispensa legal do pagamento de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) para portadores de doença grave como medida de justiça fiscal e social.

No STJ discute-se desde a taxatividade do rol legal¹⁶ de enfermidades (Tema Repetitivo 250/STJ)¹⁷ até a (in)exigência de contemporaneidade dos sintomas para fruição da isenção de IRRF pelo contribuinte portador de doença grave (Súmula 627)¹⁸.

Outra questão discutida tangencia o alcance da isenção IRRF: se limitada aos proventos de aposentadoria ou se está a contemplar, também, os vencimentos daqueles portadores de doenças graves assintomáticos que permaneçam em atividade.

Para a Secretaria da Receita Federal (SRF), a legislação federal pressupõe aposentadoria, o que contribui para o quadro de *macroligância fiscal*, antes reportado dado os inúmeros mandados de segurança e ações ordinárias ajuizadas com vistas a assegurar o direito à fruição da isenção, o que alcançou entendimentos díspares nos Tribunais Regionais Federais (TRFs).

Diante da controvérsia instaurada, a Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo

16. XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

17. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Tema repetitivo 250/STJ: “O rol de doenças que autorizam a isenção de imposto de renda (Lei nº 7.713/88 e alterações) é taxativo (*numerus clausus*), não permitindo-se interpretação extensiva a fim de conceder isenção a situações não enumeradas, conforme inteligência do CTN, art. 111, II.”. REsp nº1.116.620/BA, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09 de outubro de 2010.

18. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 627: “O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do Imposto de Renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade”

Tribunal Federal (STF)¹⁹ com vistas a fixar *interpretação conforme* ao dispositivo, a fim de contemplar tanto o contribuinte que venha a se aposentar em função da doença grave, quanto aquele que, ainda que portador da doença, consiga bem desempenhar suas atividades laborais.

Antes mesmo do ajuizamento da citada ADI, considerando os divergentes entendimentos dos Tribunais Regionais Federais - no sentido de que a isenção não é decorrente da percepção de proventos de aposentadoria, mas do fato do contribuinte ser portador de moléstia grave²⁰- o tema foi afetado na sistemática de recurso repetitivo perante o Eg. Superior Tribunal de Justiça.²¹

Sem pretensão qualquer de combater o entendimento alcançado pelos Tribunais Superiores, o presente artigo tem por propósito trazer luz ao Direito Tributário a partir do influxo dos Direitos Humanos, da igualdade e da fraternidade que estão a indicar a contemplação dos portadores de moléstia grave com a isenção de IRRF, ainda que não aposentados, como medida de justiça fiscal e social, seja pela *interpretação conforme* à Constituição, seja pela alteração legislativa ante aos resultados últimos dos julgamentos de nossos Tribunais.

2. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, IGUALDADE, FRATERNIDADE E TRIBUTAÇÃO

Entre as várias características dos Direitos Humanos²², oportuno destaque deve ser conferido à historicidade, indivisibilidade e universalidade. A própria afirmação histórica dos direitos humanos revela diferentes dimensões de direitos fundamentais que foram gradativamente sendo assimilados e assegurados ao longo das diferentes Constituições, revelando-os indivisíveis.

A universalidade dos Direitos Humanos se revela não só pela sua oponibilidade *erga omnes* com proteção na Ordem Interna e Internacional²³, mas, também, pela sua abertura normativa; o que foi positivado com a Emenda

19. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.6025, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgada em 20 de abril de 2020.

20. BRASIL, Tribunal Regional Federal 1^ºr. Embargos Infringentes 2009.33.00.009545-1/BA, r. Desembargador Federal *Luciano Tolentino do Amaral*.

21. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n.1.836.091. Tema Repetitivo 1037/STJ, julgado em 20 de junho de 2020.

22. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

23. Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Constitucional n.45/2004, que introduziu o art.5º, §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Justamente com esse amparo constitucional-normativo que a República Federativa do Brasil procedeu à internalização da Convenção de Nova Iorque, mediante o Decreto n.6.949/2009, que prevê como dever estatal a proteção e promoção das pessoas com deficiência (PCD); o qual não foi ignorado no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia (STJ) ao apreciar Recurso Especial interposto pela União com a pretensão de cassação da isenção IRRF a portador de doença grave em atividade:

Mister consignar que o Brasil é signatário de tratados internacionais, pelos quais se exige a adoção de medidas que progressivamente assegurem a efetividade de direitos econômicos e sociais. Ademais, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção de Nova Iorque (Decreto 6.949/2009), conferindo-lhe, assim nível constitucional, que expressamente estabelece em seu art. 18 que os Estados Partes reconhecerão os direitos das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, indo mais além em seu art. 28, item 2, ao assegurar o acesso de pessoas com deficiência à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência. Nesse caso, o portador de moléstia grave deve ser equiparado ao deficiente físico e mental, já que ambos necessitam de cuidados especiais diante da debilidade acentuada da saúde.

No princípio, o Direito Tributário dialogou com a doutrina dos Direitos Humanos apenas quanto ao estabelecimento de garantias fundamentais vinculadas à *liberdade*. A partir da compreensão da liberdade como capacidade de autodeterminação dentro dos limites do direito²⁴, sedimentou-se a concepção do tributo como o preço da liberdade (*status negativus*).

Em um segundo momento, a relação jurídica tributária foi submetida à perspectiva da igualdade, inicialmente adstrita à capacidade contributiva para, em seguida, ser compreendida como *baliza* para o mínimo existencial.²⁵

A significação fundamental do princípio da igualdade somente veio com a obra de José Souto Maior Borges, para quem “[...] o princípio da igualdade não está apenas no texto da Constituição; o princípio da igualdade é a Constituição.”

24. ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, p.13.

25. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. vol.III- Os Direitos Humanos e a Tributação. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.187-8.

Justamente em função do influxo da igualdade e seus consectários, Maior Borges chega a afirmar que “[...] será inconstitucional tributar o mínimo necessário a existência humana.”²⁶

Humberto Ávila, ao debruçar-se sobre as limitações ao poder de tributar, discerne com propriedade que “[...] a própria expressão “limitação” conduz à uma descrição prioritariamente circunscrita à dimensão negativa, sem que outras normas, que instituem diretrizes positivas e possuem apenas uma eficácia mediata relativamente ao poder de tributar, sejam dignas da devida atenção (dignidade humana, proteção do trabalho etc.)”.²⁷

Tal orientação, aliada à compreensão contemporânea do princípio constitucional da igualdade em sua acepção material, isto é, de garantir-se e promover-se uma igualdade não só perante a lei, mas, uma igualdade substancial e efetiva, é a indicação de novo mister do Estado fiscal.

Nesse cenário de busca por igualdade material é que a fraternidade surge como princípio constitucional fundante de “[...] ações afirmativas orientadas como objetivo de remediar desigualdades”²⁸, assegurando-se, assim, dignidade à pessoa humana (art.1º, III) em sua integridade biopsíquica, em que a atividade laboral representa importante dimensão a ser preservada; a conferir o *status* constitucional conferido ao valor social do trabalho (art.1º, IV).

Portanto, diante do imperativo constitucional de promoção de justiça fiscal e, simultaneamente, justiça social, que os princípios da igualdade e fraternidade representam importante vetor interpretativo da regra que prevê isenção do IRRF aos portadores de doença grave.

3. EVOLUÇÃO E INVOLUÇÃO DA ISENÇÃO FISCAL ANTE A EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA

De acordo com as lições de Juarez Freitas,²⁹ o Direito consiste em um complexo de regras e princípios que interagem, estando compreendidos em um sistema harmônico a fazer o intérprete e aplicador da norma observar

26. BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p.55.

27. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.120.

28. FONSECA, Reynaldo Soares da e VERONESE, Josiane Rose Petry. *Literatura, Direito e Fraternidade*. Florianópolis; E-mais, 2019, p.14.

29. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 41.

a coerência do sistema, sobretudo quando manejar institutos e fenômenos interdisciplinares.

A partir da compreensão do que consiste a atividade do intérprete, é oportuno avaliar o ferramental que possui à sua disposição na interpretação das normas de isenção tributária.

Nos tempos atuais de superação da dogmática jurídica muito se discute acerca da combinação dos métodos tradicionais de interpretação (literal, histórico, teleológico e sistemático), com a finalidade de propiciar efetividade às normas, especialmente quando prescritas na Constituição.³⁰

Muito embora a interpretação constitucional sirva-se de alguns princípios próprios, dada a especificidade do texto constitucional, o intérprete serve-se, também, dos múltiplos métodos da interpretação geral do Direito “[...] à vista do princípio da unidade da ordem jurídica e do consequente caráter único de sua interpretação.”³¹

A partir dessa compreensão, a interpretação do Direito Tributário também não difere dos demais ramos do Direito.³² O fato de haver um capítulo específico no CTN tratando do assunto, como consectário imediato do princípio constitucional da legalidade tributária, não implica no afastamento das consolidadas diretrizes da teoria geral do Direito. Ademais, “a nossa herança teórica já nos basta, para efeitos de interpretação e aplicação do direito.”³³

Questão intrincada que sempre vem à tona, quanto a discussão da interpretação de normas tributárias exonerativas, é qual o método a ser aplicado³⁴: em uma resposta simplista, há quem considere que, quando tratarem-se de normas veiculadoras de benefício, a interpretação há de ser restritiva.

Historicamente, nossos Tribunais Superiores construíram errante jurisprudência³⁵ no sentido de que as isenções devem ser interpretadas restritivamente:

30. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

31. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 104.

32. ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e aplicação da lei tributária: da consideração econômica da norma tributária à análise econômica do Direito. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010. p. 190.

33. BORGES, José Souto Maior. Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: superação da dogmática. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 211, p. 106-121, 2013. p. 107.

34. TORRES, Ricardo Lobo. Interpretação e integração da lei tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010. p. 333-355. p. 346.

35. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 566.259, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, publicado em 24/09/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 1.116.620-BA, representativo de

“art.111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...) II. outorga de isenção.”

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), ao analisar a aplicação da isenção tributária de IRRF aos portadores de moléstia grave, fixou entendimento no sentido de que o benefício fiscal também alcança o servidor/empregado em *atividade*, levando em conta o fim social a que se destina o art. 6º/XIV da Lei 7.713/1989.

No entanto, os demais Tribunais Regionais Federais (TRFs) adotam posicionamento no sentido de entender que o artigo 111 do Código Tributário Nacional impõe interpretação restritiva à norma que concede isenção, restando vedada a posição de “*legislador positivo*” ao Poder Judiciário.

A matéria, quando afetada em recurso repetitivo perante o Eg. STJ, teve tese fixada no sentido de que se deve empreender interpretação literal do previsto no art. 6º, XIV, da Lei n.7.713/1988 para contemplar tão somente os portadores de doença grave aposentados na medida em que a legislação se refere à “proventos”; verba paga exclusivamente no caso de aposentadoria por doença incapacitante.³⁶

Ao proceder-se a leitura dos dispositivos do CTN e da lei federal, em comento à luz da Constituição da República – e não o inverso –, irradia-se ao intérprete da norma as várias possibilidades hermenêuticas, a concretizarem os ditames dos Direitos Humanos e da Fraternidade em sua completude, impedindo que apenas ao ramo da interpretação do Direito Tributário limite-se a utilização dos vários métodos hermenêuticos que desvelam o sentido das normas jurídicas.

Nesse sentido as lições de Paulo Caliendo, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), afirmam que:

Os princípios tributários recebem principalmente da doutrina constitucional diretrizes para a coerente interpretação do Sistema Constitucional Tributário, de tal modo a permitir uma sintonia com as demais fontes. Tal postura revela-se inequivocamente adequada, visto que impede um isolamento dogmático da interpretação tributária, que deve necessariamente dialogar com os dispositivos da Ordem Econômica e da Ordem Social previstos na CF/88. A tributação não é um fim em si mesmo, nem seus meios de financiamento são isolados de sua finalidade: o financiamento dos direitos fundamentais.

controvérsia, r. Ministro Luz Fux, 1ª Seção.

36. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 1.116.620-BA, representativo de controvérsia, r. Ministro Luz Fux, 1ª Seção.

Na norma tributária encontra densificada está escolha democrática: os bens e as liberdades públicas a serem financiadas e os meios escolhidos para justa repartição dos encargos públicos.³⁷

Oportuno consignar, ainda, que de acordo com José Souto Maior Borges³⁸, o método literal representa o mais pobre entre todos os métodos, devendo ser ele apenas o ponto de partida da atividade do intérprete. Ademais, deve servir-se, também, dos outros métodos de interpretação da norma jurídica, com vistas a conferir-lhe a aplicação que melhor contemple a ordem constitucional. Portanto, rejeitada, desde já, a equivocada leitura do art. 111, II, do CTN,³⁹ que não afasta a aplicação de outros métodos interpretativos.⁴⁰

Vale considerar ainda que necessita se empreender a interpretação do previsto no art.6º, XIV, da Lei n.7713/1989 com as lentes da Constituição, justamente com intuito a conferir concretude aos princípios da dignidade pessoa humana, fraternidade e valor social do trabalho.

O Professor Min. Luís Roberto Barroso, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com a eloquência que lhe é própria na interpretação e aplicação da Constituição⁴¹, chega a proclamar a ideia de que uma nova interpretação constitucional se liga ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição.

Esclarece Luís Roberto Barroso que isso não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e solução dos casos concretos, mas deve-se buscar sempre conferir efetividade a cada um dos princípios constitucionais em questão.⁴²

37. CALIENDO, Paulo. Interpretação literal em direito tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Tributação: democracia e liberdade*. Em homenagem à Ministra Denise Arruda Martins. São Paulo: Noeses, 2014, p. 1186-1187; 1192.

38. BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 131-132.

39. “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I. suspensão e exclusão do crédito tributário; II. Outorga de isenção [...]”.

40. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da não cumulatividade do ICM – a imunidade constitucional para a exportação de produtos industrializados. A interpretação extensiva do instituto. O direito ao aproveitamento dos créditos escriturais. Parecer. Disponível em: <http://www.gandramartins.com.br/parecer/detalhe/id/PA01045>.

41. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

42. BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 331.

Portanto, ao fato do CTN prescrever técnica própria para interpretação de normas tributárias exonerativas, não há o afastamento dos métodos tradicionais de hermenêutica, sobretudo, quando em questão valores constitucionais ranqueados, inclusive, com princípios fundamentais, como na situação em voga em que presente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

4. ISENÇÃO IRRF COMO MEDIDA DE ALÍVIO FISCAL AO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO

A questão a ser melhor discernida reside em saber se a isenção de imposto de renda prevista pelo artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/1988, decorre do fato de o contribuinte perceber proventos e ser portador de doença grave, ou do fato de ser portador de doença grave, contida no rol previsto pela lei.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, previsto pelo artigo 150, inciso III da Carta Constitucional, tem como nota distintiva possuir as características de generalidade, da universalidade e da progressividade, tal como previsto pelo §3º do mesmo artigo.

É, portanto, tributo a ser custeado por todas aquelas pessoas, físicas e jurídicas, que manifestem capacidade econômica, em patamar previamente definido pela Fazenda Pública.

Por sua vez, a isenção a ser conferida em relação ao imposto de renda, também tem relação com a capacidade contributiva da pessoa, ou seja, manifestada uma redução ou mesmo incapacidade para contribuir com as necessidades financeiras do Estado, ela deixa, legalmente, de participar do financiamento das atividades estatais, aqui compreendidas em sentido larguíssimo.

Portanto, embora seja posicionamento majoritário de que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo em se tratando da concessão de isenções fiscais, como exercício de extrafiscalidade pelo Poder Público, a verificação de possível arbitrariedade ao se prever referido benefício fiscal é passível de aferição, especialmente ao se antever, ainda que de forma prefacial, eventual contrariedade aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

A busca de um almejado fim social por parte do Fisco, e a adequação do instrumento ao desiderato estatal, ao prever regra isencional tributária, não é indene de verificação pelo Poder Judiciário, portanto.

A Secretaria da Receita Federal (SRF) sustenta a impossibilidade de interpretação extensiva da regra que confere isenção a destinatário determinado, ao

argumento de expressa vedação, tanto constitucional quanto legal, indicando, para tanto, o disposto no artigo 150, §6º da Constituição.⁴³

No entanto, não se trata de concessão de alívio fiscal sem previsão legal, vez que o art. 6º, da Lei 7.713/1988 confere a isenção de Imposto de Renda àqueles diagnosticados com enfermidades descritas em seu inciso XIV, mas sim de proceder-se à *interpretação conforme a Constituição* do dispositivo citado considerando o contexto em que inserido aliado aos avanços das ciências médicas, isto é, verificar o real significado da norma, a *ratio legis* do alívio fiscal com vistas a conciliar a (in)capacidade contributiva com a capacidade laborativa.

Portanto, a isenção do IRRF para portadores de doenças graves tem fundamento constitucional não apenas na ausência de manifestação objetiva de capacidade contributiva, mas, também, na dignidade da pessoa humana que deve ser compreendida como *limite e tarefa* do Estado.⁴⁴

Dúvida não há que a dignidade da pessoa humana está a indicar limite à intervenção do Estado mediante a garantia de direitos individuais vinculados ao valor *liberdade* ao portador de doença grave.

Infelizmente, nossos Tribunais Superiores, ao procederem o julgamento da ADI 6025 e do Tema Repetitivo n.1037/STJ, não tiveram a clareza de compreensão de que a dignidade da pessoa humana pressupõe, também, ser *tarefa* do Estado como garantidor do *mínimo existencial*, mediante a preservação da integridade biopsíquica do portador de doença grave.

Em muitos casos, o exercício de atividade laborativa desempenha papel terapêutico no prognóstico da doença grave, ao que *tarefa* do Estado manter aquele servidor na ativa, ainda que tenha que promover a readaptação de suas atividades funcionais, considerando que a Constituição de 1988 prevê o valor social do trabalho como princípio fundamental (art.1º, IV).

Mediante uma compreensão literal do dispositivo do art.6º, XIV, da Lei n.7.713/1989, sob o pretexto de que conferir isenção de IRRF a portadores de doença grave assintomáticos corresponderia o Judiciário assumir a posição de *legislador positivo*, foi obstada tal medida de alívio fiscal aos servidores em

43. Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

44. SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 4 eds. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.110.

atividade; o que não veda que o Legislador venha a prever expressamente tal benefício fiscal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concessão de isenção de IRRF aos portadores assintomáticos de doença grave, com capacidade laborativa, encontra respaldo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. O Congresso Nacional, ao analisar os Projetos de Leis (PLs) n.1227, 3148 e 1302/2019, não se encontra vinculado à equivocada interpretação empreendida pelos Tribunais Superiores que se limitaram a sentenciar a questão pelo suposto óbice do legislador positivo.

A igualdade e a fraternidade constituem importantes princípios constitucionais a conferir subsídios para alteração legislativa proposta, contemplando, assim, expressamente com a isenção de IRRF, os *vencimentos* dos servidores portadores de doenças graves com capacidade laborativa para permanecer no exercício de suas atividades funcionais em prestígio ao princípio fundamental do valor social do trabalho.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e aplicação da lei tributária: da consideração econômica da norma tributária à análise econômica do Direito. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.
- _____, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2003.
- _____, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: superação da dogmática. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 211, p. 106-121, 2013.

_____, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALIENDO, Paulo. Interpretação literal em direito tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Tributação: democracia e liberdade* Em homenagem à Ministra Denise Arruda Martins. São Paulo: Noeses, 2014.

FONSECA, Reynaldo Soares da e VERONESE, Josiane Rose Petry. *Literatura, Direito e Fraternidade*. Florianópolis; E-mais, 2019.

_____, Reynaldo Soares da. *A Conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*. 120 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2014.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Interpretação e integração da lei tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010.

_____, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. vol.III- Os Direitos Humanos e a Tributação. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS⁴⁵

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca ingressou no Superior Tribunal de Justiça apenas em maio de 2015, tendo, portanto, pouco mais de cinco anos na Corte e sendo, assim, um de seus integrantes mais modernos. Entretanto, mercê de um trabalho tão árduo quanto profícuo, e de um desenvolvimento teórico profundo, já deixou uma marca indelével na jurisprudência criminal do STJ: o Princípio da Fraternidade.

No ano anterior, em julho de 2014, o ministro concluíra seu mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com a dissertação *A conciliação à luz do princípio da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*.

Chegou, portanto, à Corte da Cidadania com uma bagagem tanto teórica quanto prática — devido a seu largo tempo de trabalho como magistrado na esfera conciliatória — nessa seara da aplicação da fraternidade na solução de problemas no âmbito do sistema de Justiça, de maneira que logo isso começou a se expressar em suas decisões e votos.

Assim, já em 2016, suas ideias a respeito encontraram expressão em acórdão que relatou, assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FILHO MENOR DE 12 ANOS, COM HIDROCEFALIA. POSSIBILIDADE. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO.

45. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP), Professor de Cursos de Graduação (UnB) e Pós-Graduação (Uninove) em Direito. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

1. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que: *Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.*

2. **O princípio da fraternidade** é uma **categoria jurídica** e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. **A fraternidade não exclui o direito e vice-versa**, mesmo porque **a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas**, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

3. **O princípio constitucional da fraternidade** é um **macroprincípio dos Direitos Humanos** e passa a ter uma **nova leitura prática**, diante do **constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º)**.

4. Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada **Justiça restaurativa**, do **respeito aos direitos humanos** e da **humanização da aplicação do próprio direito penal** e do correspondente **processo penal**. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

5. Caso em que a recorrente possui 1 (um) filho menor de 12 anos de idade (com 9 anos), o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal e permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Ademais, o infante é portador de doença grave, qual seja, hidrocefalia. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional da criança enferma.

6. Recurso conhecido e provido para substituir a prisão preventiva da recorrente pela prisão domiciliar.

(RHC 74.123/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016. Grifou-se).

Ressalte-se que o aresto acima foi muito anterior ao famoso HC 143.641/SP, de fevereiro de 2018, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em que a 2ª Turma do Supremo Tribunal concedeu *habeas corpus* coletivo às presas grávidas ou mães de crianças de até 12 anos de idade para substituir a prisão preventiva pela domiciliar, desde que não tivessem cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas a serem devidamente explicitadas.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, brandindo sua doutrina do jus-fraternalismo, fora precursor desse importantíssimo julgado e vinha, em seu labor no STJ, produzindo outros sob o mesmo pálio.

Assim, prosseguiu deferindo a domiciliar a mães de crianças em casos como o RHC 76.348/RS, da QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016; o HC 379.603/MS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 08/02/2017; o HC 363.993/SP, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017; o HC 379.629/SP, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017; o HC 358.080/DF, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017; HC 390.211/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017; o HC 367.546/TO, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017; o HC 389.810/PR, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017 (caso emblemático, envolvendo inclusive por tratar-se de paciente com certo grau de periculosidade social); O HC 391.501/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017; o HC 389.348/SP, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017; o HC 388.133/SP, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017; o HC 401.349/RS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017; o HC 402.715/SP, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017; o HC 410.260/MG, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; o HC 403.473/SP, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017; o HC 429.130/SP, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 14/02/2018; o HC 427.197/MG, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 14/02/2018 (este incorporando doutrina de Clara Cardoso Machado Jaborandy, em *A fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Tese de doutorado na Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, que viria a ser referenciada em outros julgados posteriores); o HC 427.028/SP, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018; o HC 430.212/SP, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018 (primeiro a ser prolatado após o HC coletivo do STF, que, por óbvio, passou a ser citação quase obrigatória a partir daí); o HC 426.489/SP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018; o RHC 94.861/RS, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018; o HC 444.370/SP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018; o HC 445.037/SP, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018; o HC 443.168/MG, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018; o HC 397.179/SP, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018; o HC

453.653/SP, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018; o HC 461.789/SC, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018; o HC 454.256/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018; o HC 466.704/SC, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018; o HC 474.576/GO, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018; o AgRg no RHC 98.878/DF, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019 (primeiro aresto após a conclusão do doutorado, no qual aprofundou suas reflexões em torno do princípio da fraternidade, a respeito do que falarei mais adiante); o HC 470.549/TO, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 20/02/2019; o HC 487.766/RS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019; o HC 479.508/SP, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019; o RHC 106.969/SP, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019 (com autorização para saídas do domicílio para consultas médicas ou tratamentos em hospitais); o HC 493.704/SP, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 08/04/2019; o RHC 106.561/RJ, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 16/04/2019; o HC 487.763/SP, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 16/04/2019; o HC 489.661/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 30/04/2019; o HC 495.620/MG, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 10/05/2019; o HC 506.498/SP, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019; o AgRg no RHC 110.084/PB, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019; o HC 504.847/MG, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019; o HC 510.718/MA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 01/07/2019; o HC 512.376/PA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019; o HC 516.040/SP, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019; o HC 525.278/SP, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019; o HC 547.511/SP, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019; o HC 536.899/SP, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019; o AgRg no HC 560.412/RN, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 02/03/2020; o AgRg no RHC 122.051/SP, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020; o AgRg no HC 574.847/PR, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 19/05/2020; o AgRg no PExt no RHC 113.084/PE, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 10/06/2020, entre outros.

No final do ano de 2016, o princípio da fraternidade serviu de esteio para outra inovação jurisprudencial, dessa feita tocante à execução penal, permitindo o trabalho externo do condenado na condição de autônomo:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO EXTERNO NA CONDIÇÃO DE AUTÔNOMO. LEP, ART. 114. A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA FORMAL DE EMPREGO DEVE SOFRER TEMPERAMENTOS. PRECEDENTES. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE - PREÂMBULO E ART. 3º DA CF/88. “REGRAS DE MANDELA” - ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. APLICAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Não se nega que, “se a oferta de emprego está escassa até mesmo para aqueles que não possuem algum antecedente penal, imagina-se impor tal obrigação a quem já registra alguma condenação” (HC-217.180/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 22/3/2012)

3. À vista do quadro brasileiro, que registra uma grave crise empregatícia, **a regra do art. 114, I, da LEP, a qual exige do condenado, para ingressar no regime aberto, a comprovação de trabalho ou a possibilidade imediata de fazê-lo (apresentação de proposta formal de emprego), deve sofrer temperamentos** (Precedentes das Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte).

4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). **Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna”** (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 114, I, da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça decorre, indiscutivelmente, desse **resgate constitucional do princípio da fraternidade**.

6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas “Regras de Mandela”, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida

do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para permitir ao paciente o exercício do trabalho externo como autônomo, cabendo ao Juízo da VEP estabelecer as condições e o modo de fiscalização.

(HC 375.005/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016. Grifou-se).

No começo de 2017, em caso similar ao acima, permitiu trabalho externo a apenado que não conseguia obtê-lo porque as autoridades penitenciárias consideravam tal labor de difícil ou impossível fiscalização:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO EXTERNO. DIFICULDADE DE FISCALIZAÇÃO. FUNDAMENTO INIDÔNICO. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. “O Estado possui a atribuição de fiscalizar o efetivo cumprimento do trabalho extra-muros, estando autorizado a revogar a benesse nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 37, da Lei nº 7.210/84, não sendo possível invocar a impossibilidade de fiscalização como razão para o indeferimento do benefício” (ut, HC 342.572/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 3/6/2016)

2. De outro lado, o **princípio constitucional da fraternidade** é um macro-princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. Portanto, **o regramento da LEP, referente ao trabalho externo dos presos, quando do regime mais brando, decorre desse resgate constitucional**. Nesse sentido: HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851.

3. Incidência da Súmula 568/STJ: O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1618322/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017. Grifou-se).

O princípio da fraternidade deu base à superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, que impede o conhecimento de *habeas corpus* contra decisão de indeferimento de liminar em tribunal *a quo*:

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente. Decisão superveniente do Colegiado. Writ prejudicado.

2. No particular, a prisão preventiva da paciente encontra-se devidamente justificada, nos termos do art. 312 do CPP, sobretudo diante da gravidade concreta do delito, evidenciada, a partir da significativa quantidade de drogas apreendida - 228 porções de cocaína, totalizando 205,87 g, e 1 (uma) porção de maconha, pesando 5,56 g.

3. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, entretanto, determina que *Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.*

4. Caso em que a paciente possui dois filhos menores de 12 anos de idade (um menino com 7 anos de idade e uma menina com 5 anos), o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal e permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Filha cardiopata, que necessita de tratamento. Cirurgia já realizada. Alta hospitalar em abril/16, com recomendação técnica posterior. Diagnóstico: cardiopatia e hipertensão pulmonar grave, em tratamento para insuficiência congestiva - Hospital das Clínicas/USP. Imprescindibilidade dos cuidados maternos.

5. O **princípio da fraternidade** é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

6. O **princípio constitucional da fraternidade** é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

7. Habeas corpus julgado prejudicado. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar.

(HC 357.541/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017. Grifou-se).

O manejo do princípio da fraternidade para ultrapassar o óbice da súmula em referência aparece em vários dos *writs* em que concedeu prisão domiciliar, citados linhas atrás.

Outro caso interessante foi o de sua invocação para a remição da pena em face de aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM):

HABEAS CORPUS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. **REMIÇÃO DA PENA**. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. **APROVAÇÃO NO ENEM**. POSSIBILIDADE. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE**. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte possui orientação no sentido de que “a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal” (REsp n.744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). 3. No caso, **a aprovação da paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena**, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ.

4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do

art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse **resgate constitucional do princípio da fraternidade**.

6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas “Regras de Mandela”, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio).

(HC 382.780/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017. Grifou-se).

Em hipótese parecida, remição da pena pela conclusão do ensino médio:

EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REMIÇÃO POR ESTUDO - ARTIGO 126 DA LEP - A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE FREQUÊNCIA DE CURSO DEVE SOFRER TEMPERAMENTOS - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE - PREÂMBULO E ART. 3º DA CF/88 - “REGRAS DE MANDELA” DA ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS - RECOMENDAÇÃO Nº 44 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - APLICAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A redação do artigo 126 da LEP deixa clara a preocupação do legislador com a capacitação profissional do interno e com o estímulo a comportamentos que propiciem a readaptação de presos ao convívio social.

3. O sentido e o alcance do artigo 126 da LEP podem ser ampliados pelo aplicador do direito, com o uso da hermenêutica, para abarcar atividades complementares como o estudo ou a simples leitura, com a finalidade de readaptação e ressocialização do preso, além de incentivar o bom comportamento e a disciplina.

4. Não é outro o espírito da Recomendação n. 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre atividades educacionais complementares que deverão ser consideradas pelos Tribunais para fins de remição da pena pelo estudo.

5. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 3º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

6. Após a divulgação ampla pelo CNJ das chamadas “Regras de Mandela”, aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reformar a decisão do Tribunal a quo e conceder os 41 dias de remição pedidos pela paciente, em virtude da conclusão do ensino médio.

(HC 390.721/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017. Grifou-se).

Há casos em que o princípio da fraternidade é trazido à baila, mas não chega a fundamentar propriamente o deferimento da ordem, como na situação abaixo, em que a soltura da paciente se deu por deficiência da fundamentação de sua prisão preventiva:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS. CRIME PRATICADO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA EXERCIDA COM ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFICA AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM NÃO CONHECIDA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Em que pese a paciente comprove ser mãe de Yan Gabriel Martins da Silva, nascido em 21/8/2017, trata-se de delito cometido, em tese, com uso de grave ameaça exercida por meio de arma de fogo, o que excepciona a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus nº 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02/2018, no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015). Naquela ocasião, foram ressalvadas as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

3. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n.13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do **princípio da fraternidade** (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). O artigo 318 do Código de Processo Penal foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok.

4. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal

Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

5. Caso em que **o decreto que impôs a prisão preventiva e a decisão que indeferiu pedido de revogação se mostram abstratos, sendo sua fundamentação aplicável indistintamente a qualquer acusado de semelhante delito. O acórdão atacado, por sua vez, embora afirme que a prisão é necessária uma vez que “à paciente é imputada a prática de delitos gravíssimos e as circunstâncias do caso concreto tornam evidente a necessidade da custódia cautelar”, não logrou demonstrar em que a conduta mostra-se mais grave do que a abstratamente prevista no tipo.**

6. Condições subjetivas favoráveis à paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva.

7. Ordem não conhecida, mas concedida de ofício para determinar a soltura da paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.

(HC 450.795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018. Grifou-se).

Isso demonstra que, independentemente do seu entusiasmo pelo princípio da fraternidade, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca não o aplica como panaceia universal a embasar qualquer decisão, mas o utiliza de modo racional e técnico, na linha de Clara Jaborandy, por ele citada como apoio doutrinário em alguns acórdãos, como “vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo”.

Em dezembro de 2018, o ministro concluiu doutorado na Faculdade Autônoma de São Paulo, com a tese *O resgate do princípio da fraternidade no sistema de Justiça: realidade e desafios*. Esta se transformou no livro *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça*. Belo Horizonte, D’Plácido, 2019.

Suas principais conclusões nesse trabalho, algumas das quais já antecipadas em suas decisões e votos:

a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A

fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.

[...]

b) O princípio do devido processo legal passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal e do humanismo normativo.

[...]

c) Uma das formas de vivenciar a fraternidade é fomentar as soluções dos conflitos sociais e judiciais pela via da conciliação, nas suas mais variadas formas (conciliação, mediação e arbitragem).

[...]

d) É verdade que a utilização da mediação para resolução de conflitos é especialmente interessante nas situações de relações continuadas, questões familiares, condomínios, vizinhos, colegas de trabalho, infância e juventude e relações em que haja afeto entre as partes, tendo em vista que permite a preservação do vínculo ao tratar o conflito como parte do histórico das partes e não como fenômeno isolado, propiciando o autoconhecimento de todos e envolvendo-os na solução do litígio.

(Ob. cit., pp. 169/172).

Porém, para os objetivos do presente artigo, a síntese conclusiva mais interessante da obra é aquela específica para a Justiça Criminal:

O processo penal não se encontra fora dessa premissa, pelo contrário, tem muito a ganhar com o estímulo da mediação extrajudicial, em especial nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada, em que a persecução penal depende da iniciativa da vítima.

De outra parte, também saltam aos olhos os caminhos que o instituto pode alcançar nas denominadas “infrações de menor potencial ofensivo”, já que o processo perante o Juizado Especial orienta-se pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Assim, ainda que se trate de um crime de ação penal pública incondicionada, muitas vezes há um conflito que antecede o delito, cuja pacificação é uma **exigência do Estado Democrático de Direito e do princípio da fraternidade que o fundamenta**. Tal técnica, portanto, pode prevenir, inclusive, novas infrações penais derivadas daquele embate.

Além do mais, a chamada Justiça restaurativa viabiliza, igualmente, o resgate de laços através do trabalho, dos estudos, das artes, da literatura, etc.

Em consequência, possível concretizar, igualmente, a cultura da (re)conciliação, com alicerce no princípio da fraternidade, no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da **humanização do próprio Direito Penal.**”

(Idem, pp. 172/173. Grifou-se).

Eis, portanto, o corolário da doutrina do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: a fraternidade é fundamento do Estado Democrático de Direito, viabiliza a cultura da (re)conciliação e é instrumento da humanização do Direito Penal.

Evidentemente, após a consecução desse belíssimo trabalho, o ministro não arrefeceu na aplicação do jusfraternalismo em sua atividade judicante. A produção de decisões e acórdãos impregnados dessa linha de pensamento é incessante.

Essa humanização do Direito Penal aparece em situações como a possibilidade de prisão domiciliar inclusive para quem estava cumprindo pena em execução definitiva no regime fechado, e não apenas para as hipóteses de prisão preventiva:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR EM EXECUÇÃO DEFINITIVA E REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM CRIME DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA OU CONTRA DESCENDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. “A melhor exegese do art. 117 da Lei n.º 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha” (HC n. 366.517/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 27/10/2016).

2. Na espécie, todos os requisitos do HC coletivo n. 143.641/SP, do STF, foram atendidos: i) em que pese todas as condenações que recaem sobre a paciente, sem ou com trânsito em julgado (estelionato, dano, tráfico de drogas e associação ao tráfico), nenhuma delas refere-se a algum delito de violência ou grave ameaça à pessoa, e nem foram praticados contra descendente; ii) ela tem uma filha menor de 12 anos de idade, não importando, assim, a idade das outras duas, já que basta um dos seus filhos ter aquela idade.

3. Já a imprescindibilidade dos cuidados da mãe para com o filho não constitui requisito do HC coletivo em comento, assim como o cometimento de infrações

disciplinares, como a fuga. O que se quer privilegiar e proteger é a criança, situação que pode ser agraciada em atendimento ao **princípio da fraternidade**.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 113.084/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019. Grifou-se).

O espírito de fraternidade, trazido pela doutrina do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca à jurisprudência criminal do STJ, pode mesmo ser notado em decisões de seus colegas, mencionem elas ou não, expressamente, o princípio que ele tão brilhante e veementemente defende.

Observem-se as ementas a seguir:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO PELO ESTUDO. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL, ANTE A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO, POR ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO, COM BASE NA EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO EM EXAMES NACIONAIS QUE ATESTAM A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO N. 44 DO CNJ. PACIENTE QUE LOGRA COMPROVAR A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, POR MEIO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO. REALIZAÇÃO DE EXAMES SUPLETIVOS, CAPAZES DE DEMONSTRAR QUE O APENADO ESTUDOU NOS ANOS DE 2004 E 2005. IN DUBIO PRO REO. APLICABILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ASSIDUIDADE, POR MEIO DE ATESTADO DE FREQUÊNCIA ESCOLAR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Evidenciado que o Tribunal de origem não debateu a questão relativa à remição referente ao período de 2004/2005, o conhecimento originário da questão configura indevida supressão de instância.

2. Prezando por economia e celeridade processuais, bem como, diante da existência de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do sentenciado, cabível a verificação da alegada coação e a concessão de ordem de habeas corpus de ofício.

3. No caso, o Juízo de primeiro grau, ao indeferir o pedido de remição pelo estudo formulado pela defesa, aplicou o entendimento segundo o qual somente a submissão do sentenciado aos exames previstos na Recomendação n. 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, seriam hábeis a comprovar o

direito ao benefício, ou seja, considerou que o paciente não participou de curso presencial ou à distância, mas, apenas, estudos por conta própria.

4. Diante da alegação do paciente/impetrante de que efetivamente participou de curso presencial no estabelecimento prisional, mas foi prejudicado pelo fato de a Administração Penitenciária não ter logrado emitir atestado de sua frequência, bem como da existência de documentos que demonstram ter o apenado realizado exames supletivos, os quais ensejaram a obtenção de certificado de conclusão do Ensino Médio, a dúvida deve militar em favor do condenado.

5. Exigir que, no caso concreto, o direito à remição seja reconhecido apenas por meio da comprovação de aprovação no ENEM (art. 1º, IV, da Recomendação n. 44/CNJ) configura rigor que vai contra a ressocialização do condenado, bem como aos objetivos da Lei n. 12.403/2011, de reforçar reintegração social e readaptação ao convívio do condenado por meio do aprimoramento estudantil.

6. Considerando-se que o paciente estudou nos anos de 2004 e 2005, tanto que logrou certificado de conclusão do Ensino Médio, o cálculo do benefício deve ser realizado de acordo com o disposto no art. 1º, IV, da Recomendação n. 44/CNJ.

7. Importante ressaltar que o presente precedente foi firmado mediante a consideração, além do caso concreto, com todos os documentos que o respaldam, da necessidade de esta Corte Superior de Justiça conferir interpretação que preze pelos princípios constitucionais e processuais penais, como in dubio pro reo, individualização da pena e **princípio da fraternidade**, na sua **dimensão de reduzir as desigualdades sociais e proteção dos direitos fundamentais**, bem como o fundamento primordial da Constituição da República, que seria a dignidade da pessoa humana.

8. Writ não conhecido. Concessão de ordem de habeas corpus de ofício para determinar que o Juízo de Direito da 2ª Vara de Execuções Criminais da comarca de Taubaté/SP reaprecie o pedido de remição da pena formulado em favor do paciente, considerando que ele efetivamente estudou nos anos de 2004 e 2005, efetuando o cálculo dos dias remidos de acordo com o art. 1º, IV, da Recomendação n. 44, do Conselho Nacional de Justiça.

(HC 376.140/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017. Grifou-se).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. LATROCÍNIO TENTADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE FILHOS MENORES DE 12 ANOS DE IDADE. ART. 318 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O decreto prisional apresentou fundamento válido, consistente na fuga da recorrente, pois, depois da prática do delito, a investigada fugiu com Everton, sendo capturada na cidade de Tramandaí/RS, três meses após o fato, o que constitui base empírica idônea à decretação da custódia preventiva.
2. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) passou a admitir a substituição da prisão preventiva por domiciliar na situação de mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, art. 318, V, CPP, quando não se aponta fundamentação idônea para afastar esta medida cautelar.
3. A recorrente é mãe de 2 (dois) menores, atualmente com 3 e 7 anos de idade, cada um, o que atrai a aplicação do art. 318, V do CPP, a fim de que seja a medida extrema convertida em prisão domiciliar, não sendo apontado pelas instâncias ordinárias nenhum fundamento que demonstre risco aos menores.
4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido, para converter a prisão preventiva da paciente P M DOS S em prisão domiciliar, o que não impede a aplicação de outras medidas cautelares diversas de prisão, por decisão fundamentada.

(RHC 92.700/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

Quanto a decisões monocráticas na linha do princípio da fraternidade, com ou sem menção explícita a ele, além das do próprio Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que são incontáveis, podem-se achar decisões de diversos outros integrantes da Seção Criminal do STJ, como — só para citar algumas recentes, em que o princípio aparece expressamente no corpo do *decisum*, porém há muitas mais — do Ministro Felix Fischer (no HC 561.870/RS, de 01/04/2020; no HC 566.252/SP, de 17/04/2020; no HC 568.221/SP, de 17/04/2020; no HC 559.945/SP, de 23/04/2020; no HC 575.721/SP, de 14/05/2020; no AgRg no HC 582.991/MT, de 18/06/2020), da Ministra Laurita Vaz (no REsp 1.810.154/SP; no HC 552.311/RJ, de 28/05/2020), do Ministro Rogerio Schietti Cruz (no AREsp 1.339.221/DF, de 30/03/2020), do Ministro Nefi Cordeiro (no HC 573.854/SC, de 15/02/2020; no HC 572.616/SP, de 22/05/2020), do Ministro Ribeiro Dantas (no RHC 123.496/SP, de 12/03/2020; no HC 566.369/SP, de 17/03/2020; no HC 559.392/MS, de 24/03/2020; no HC 560.047/MS, de 24/03/2020; no RHC 113.745/MG, de 30/03/2020; no HC 563.363/SP, de 06/04/2020; na RCD no HC 566.400/PE, de 13/04/2020; no HC 575.408/SP, de 27/04/2020; no HC 575.167/SC, de 28/04/2020; no HC 575.533/PR, de 28/04/2020; no HC 575.797/SP, de 29/04/2020; no HC 575.408/SP, de 14/05/2020; no HC 575.167/SC, de 25/05/2020; no HC 575.797/SP, de 25/05/2020; no HC 582.801/SC, de 27/05/2020; no HC

494.511/RS, de 01/06/2020; no HC 502.374/PR, de 02/06/2020; no AgRg no HC 581.024/SP, de 03/06/2020; no HC 557.482/SC, de 10/06/2020; no HC 542.356/PR, de 12/06/2020; no RHC 123.524/CE, de 16/06/2020; no HC 556.850/RN, de 25/06/2020), do Ministro Joel Ilan Paciornik (no HC 573.639/SP, de 20/04/2020; no RHC 123.552/RJ, de 15/05/2020; no HC 570.089/TO, de 15/05/2020) e do Ministro (convocado) Leopoldo de Arruda Raposo (no HC 563.565/RO, de 25/03/2020), entre muitos outros.

Por tudo isso, vê-se que o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca já deixou sua marca indelével e positiva na jurisprudência criminal do Superior Tribunal de Justiça, contribuindo para torná-la cada vez mais humana e fraterna, na direção de uma cidadania integral e de uma prestação jurisdicional mais justa, e com isso influenciando beneficentemente as decisões de tribunais de todo o país, que se espelham — quanto à aplicação de toda matéria infraconstitucional federal — nos decisórios do STJ.

DIREITOS HUMANOS, MEIO AMBIENTE E A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

ASSUSETE MAGALHÃES⁴⁶
MARCO TÚLIO REIS MAGALHÃES⁴⁷

1. INTRODUÇÃO

A gestão de resíduos no Brasil representa um enorme desafio. A legislação foi modernizada, mas ainda há uma realidade bastante deficitária, com muitos lixões a céu aberto, pouca coleta seletiva e ineficientes sistemas de logística reversa.⁴⁸

Muitos desses problemas decorrem de fenômenos econômicos e sociais que impactam toda a humanidade – ainda que cada país os vivencie de forma distinta –, tais como a industrialização, o crescimento populacional, a urbanização desordenada, a falta de saneamento básico, a desigualdade social, insustentáveis padrões de produção e consumo. Também a obsolescência programada, o descolamento entre zonas de produção e zonas de consumo e o descarte de produtos e resíduos são reflexos característicos da globalização. Tudo isso se reflete no tema da gestão dos resíduos.

Nesse contexto, o presente artigo analisa o tema da gestão dos resíduos e sua convergência gradual com a proteção dos direitos humanos e a proteção do meio ambiente, realçada pela ideia de um direito a viver em um meio ambiente sadio como direito humano de terceira geração, considerado sob a perspectiva do direito internacional e do direito supranacional. O ordenamento jurídico

46. Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

47. Doutor e Mestre em Direito do Estado. Procurador Federal.

48. Esse quadro permanece mesmo após a adoção de uma política nacional de resíduos sólidos (Lei 12.305/2010). No ano de 2018, por exemplo, aproximadamente 40% dos resíduos sólidos urbanos coletados no país tiveram irregular destinação final (como lixões e aterros controlados), em desconformidade com a legislação de regência. ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2018/2019*. Disponível em: <<https://abrelpe.org.br/panorama/>>. Acesso em: 31.08.2020.

brasileiro também é analisado, especialmente em face da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos e da compreensão do tema pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2. A GESTÃO DE RESÍDUOS EM CONEXÃO COM OS DIREITOS HUMANOS E O MEIO AMBIENTE

Em sentido amplo, discutir a gestão de resíduos implica também refletir sobre sua conexão com a proteção dos direitos humanos. Duas ideias ilustram esse entendimento. Em primeiro lugar, gerir e reduzir os impactos causados por resíduos objetivam melhorar a qualidade de vida e a saúde humanas. Em segundo lugar, a gestão e a redução de resíduos orientam o desenvolvimento econômico, industrial e tecnológico para um caminho de sustentabilidade econômica, social e ambiental.

Desse modo, qualidade de vida, saúde humana e meio ambiente estão inter-relacionados e são objetos de proteção (mediatos ou imediatos), tanto das normas de direitos humanos, quanto das normas de proteção ambiental, que também interessam ao tema da gestão de resíduos.⁴⁹

2.1. UM OLHAR RETROSPECTIVO E O DESTAQUE DE ALGUMAS EXPERIÊNCIAS HISTÓRICAS

A inter-relação entre a gestão de resíduos, os direitos humanos e o meio ambiente tem base em experiências históricas e fenômenos econômicos e sociais que trouxeram desenvolvimento, mas também externalidades negativas. Um relevante exemplo foi o fenômeno da Revolução Industrial na Europa ocidental, desde meados do século XVIII, cujos efeitos se potencializaram no século XIX, vinculando-se a um desordenado processo de urbanização na Inglaterra e em outros países europeus, especialmente na transição para o século XX, a exemplo da Alemanha. Ao lado de um cenário de forte desenvolvimento e progresso econômico, havia um cenário de desigualdade social, miséria, violência, insalubridade e péssimas condições de vida, moradia e trabalho da maior parte da população urbana.

Na literatura inglesa, ao fazer nosso imaginário transitar entre Londres e Paris, vale ressaltar a descrição que Charles Dickens faz dos subúrbios

49. Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 79 et seq.

parisienses do fim do século XVIII, em sua obra *Um conto de duas cidades*, publicada em 1859:

Uma escadaria assim, com suas dependências, nas velhas e mais populosas regiões de Paris, já seria muito ruim nos dias de hoje. Mas, naquela época, era por demais repugnante para os que não estavam habituados a isso e não tivessem os sentidos embotados. Cada diminuto apartamento daquele alto e imundo pardieiro, ou seja, o quarto ou quartos atrás de cada porta que se abria para a escada, deixava outros refugos pelas janelas. A incontrolável e inevitável massa em decomposição assim engendrada teria poluído o ar, mesmo que a pobreza e as privações já não o saturassem com suas impurezas intangíveis; as duas fontes de insalubridade combinadas tornavam-no irrespirável. O caminho prosseguia nessa atmosfera, como íngreme espiral de imundície e veneno.⁵⁰

Um retrato semelhante colhe-se da experiência histórica alemã na virada para o século XX. De um lado, um impressionante processo de industrialização, descobertas científicas, militarização e desenvolvimento econômico.⁵¹ De outro, crescimento populacional urbano acompanhado de condições de trabalho e de moradia insalubres e ruins, expondo a massa de trabalhadores e suas famílias a todo tipo de intempéries e doenças (e.g. cólera, difteria, tuberculose). Nos subúrbios de muitas cidades, o que se via era uma espécie de labirinto de sujeira e miséria.⁵²

50. DICKENS, Charles. *Um conto de duas cidades*. Tradução de Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2003, pp. 51-52. Ao se pensar no contexto brasileiro, ainda que sob perspectiva distinta, uma sugestiva obra seria *O Cortiço*, de autoria do maranhense Aluísio de Azevedo e publicada em 1890.

51. De 1850 a 1913, a força de trabalho em fábricas e indústrias de mineração aumentou quase doze vezes, alcançando mais de sete milhões de alemães. Em 1913, a Alemanha já deteria um percentual aproximado de 30% do comércio mundial de máquinas em geral e impressionante fatia de quase 50% do mercado mundial de maquinário elétrico (turbinas, geradores e motores elétricos). A eletricidade serviu de combustível para acelerar o processo industrial alemão e as cidades eram cada vez mais tomadas e interligadas por estradas e carros, trilhos e trens. O Porto de Hamburgo recebia aproximadamente 265 embarcações por dia em 1895, contando com um contingente diário aproximado de 7.300 trabalhadores. A imagem de chaminés ininterruptamente soltando fumaça em centros industriais cada vez maiores e poderosos passava a compor o horizonte de muitas cidades alemãs. A transformação alemã de um Estado agrário para um Estado industrial e urbano foi rápida e intensa. BERHORST, Ralf et al., *Deutschland zur Kaiserzeit: das Deutsche Reich in historischen Fotos; 1871 - 1914. Geo Epoche Panorama*, nº 1. Hamburg: Gruner + Jahr, 2013, pp. 14-27.

52. Em referência a um desses subúrbios em Hamburgo, cujas condições de vida eram muito ruins e insalubres, o famoso médico e microbiologista Robert Koch, que descobriu o bacilo da tuberculose em 1882, teria denominado aquelas moradias como covis de doenças (*Pesthöhlen*). Famílias inteiras viviam em apartamentos de um cômodo e muitos os alugavam apenas para dormir, ante a falta de oferta de moradia e os altos custos de sua manutenção. BERHORST, Ralf et al., *Deutschland zur Kaiserzeit: das Deutsche Reich in historischen Fotos; 1871 - 1914. Geo Epoche Panorama*, nº 1. Hamburg: Gruner + Jahr, 2013, pp. 28-33.

Esses fenômenos foram – e na atualidade ainda são – experimentados em diversos outros países que tiveram processos de urbanização e industrialização tardios, especialmente aqueles em desenvolvimento e subdesenvolvidos, nos quais ainda é comum observar altas taxas de insalubridade, poluição e falta de saneamento básico.

No decorrer do século XX, tudo isso potencializou-se, alcançando-se um novo patamar de desenvolvimento econômico e social, com dimensões inimagináveis de industrialização, estruturação urbana, padrões de consumo em massa, globalização econômica, elevado aumento da poluição ambiental e da produção e descarte de materiais orgânicos e inorgânicos, tóxicos, perigosos e poluentes.

A problemática dos resíduos tornou-se mais evidente e passou a ser identificada como problema de saneamento básico, de desordenada urbanização e de poluição ambiental, especialmente nas décadas de 1960 e 1970, somando-se a demandas já existentes por direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, às críticas às guerras, às armas nucleares e ao militarismo crescente.

No ano de 1972, duas referências tornaram-se emblemáticas. De um lado, o estudo do Clube de Roma, intitulado “Limites do Crescimento”, denunciando a inviabilidade futura de um modelo de crescimento econômico meramente quantitativo e pautado na crescente explosão demográfica, na exploração excessiva de recursos naturais, na degradação ambiental elevada e nos insustentáveis padrões industriais e de consumo de países desenvolvidos.⁵³ De outro lado, a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, que pavimentou o caminho da proteção do meio ambiente no cenário internacional e resultou na Declaração de Estocolmo, com importantes princípios que influenciam até hoje a discussão ambiental e o próprio tema dos resíduos.⁵⁴ Na década de 1980, a discussão sobre desenvolvimento sustentável também mereceu destaque.

53. Essa visão foi muito difundida em estudos científicos, políticos e econômicos, muitas vezes escritos em tons alarmistas. Cf. MEADOWS, Donella H. et al., *Limites do crescimento: um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o Dilema da Humanidade*. Tradução de Inês M. F. Litto, revisão de Eglacy Porto Silva. Título original: *Limits to Growth*. São Paulo: Perspectiva, 1973. O referido estudo foi atualizado 30 anos depois, em nova publicação, que manteve as premissas centrais inicialmente apresentadas, embora reformuladas para sua adequação ao tempo presente. Consultar: MEADOWS, Donella; RANDERS, Jogen; MEADOWS, Dennis. *Limites do crescimento: a atualização de 30 anos*. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2007.

54. Dentre eles, vale destacar: o problema da poluição no ambiente humano; a necessidade de uma responsabilidade conjunta e equitativa de todos; a preocupação com a descarga de substâncias tóxicas e poluentes nos solos e nos mares (Princípios 6 e 7); a preocupação com o planejamento habitacional e com a urbanização (Princípio 15); a erradicação dos efeitos danosos das armas nucleares e de todos os meios de destruição em massa (Princípio 26). Cf. ONU. Stockholm Declaration on the Human Environment. In: *Report of the United Nations Conference on the Human*

Essas e outras referências foram permitindo maior reflexão e engajamento sobre a questão dos resíduos (tóxicos, perigosos, poluentes) produzidos nas cidades e o impacto negativo causado por seu descarte irregular nos limites urbanos e em leitos de rios, causando poluição e incêndios e potencializando vetores de doenças.

2.2. A CONVERGÊNCIA DO TEMA DOS RESÍDUOS COM OS DIREITOS HUMANOS E O DESTAQUE DO DIREITO A VIVER EM UM MEIO AMBIENTE SADIO COMO DIREITO HUMANO DE TERCEIRA GERAÇÃO

O reconhecimento de um direito a viver em um meio ambiente sadio como direito humano de terceira geração também contribuiu para o debate da gestão dos resíduos, estimulando a aproximação do direito internacional do meio ambiente ao direito internacional dos direitos humanos.

No século XX, importantes documentos internacionais reconheceram direitos, liberdades e valores essenciais à humanidade, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esse arcabouço político-jurídico estabeleceu sólidos pilares para a afirmação e a proteção de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Além disso, eles abriram caminho para o reconhecimento e o desenvolvimento de novas demandas e direitos.

No campo teórico-doutrinário, ganhou destaque a compreensão histórico-filosófica acerca das diferentes gerações ou dimensões de direitos humanos, que se somariam, ao longo do tempo, para reforçar o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade humana.⁵⁵ Não se olvidam as críticas relativas à perspectiva geracional de direitos humanos, que poderia afastar uma visão unitária (indivisível) dos direitos humanos e levar a uma falsa ideia de fragmentação e sobreposição de direitos.⁵⁶ De todo modo, o caráter

Environment, UN Doc.A/CONF.48/14, at 2 and Corr.1 (1972).

55. Essa abordagem continua a ser considerada por muitos autores, sendo que alguns até defendem novas gerações de direitos (quarta e quinta gerações de direitos humanos), surgidas em sintonia com novos desenvolvimentos da humanidade. Para uma análise mais aprofundada, consultar, ilustrativamente: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 (7ª tiragem), pp. 7-39; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. *Revista da AGU*. Brasília-DF: AGU, ano XIII, n. 42, out./dez. 2014, pp. 39-74; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2019. pp. 574-609.

56. A esse respeito, consultar, ilustrativamente: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 86 et seq.

pedagógico dessa abordagem, inclusive para acentuar os desafios dos novos direitos de terceira geração, é pertinente e didático para o presente estudo.

Desse modo, ao lado dos direitos humanos de primeira geração (liberdades e direitos civis e políticos típicos do modelo do Estado liberal) e dos direitos humanos de segunda geração (direitos coletivos econômicos, sociais e culturais, típicos do modelo de Estado social),⁵⁷ surgiram também os direitos de terceira geração, desde o fim da década de 1970. Conforme as lições de Karel Vasak, pioneiro na formulação e desenvolvimento desses novos direitos, era preciso avançar em relação à visão tradicional das declarações de direitos humanos – centrada no homem, mas em perspectiva muito individualista e egoística, ainda que referida a alguns direitos sociais – e alcançar novos horizontes e aspirações, que evidenciassem a dimensão de fraternidade dos homens e a necessária solidariedade que os deveriam unir. Nesse grupo de novos direitos estariam, por exemplo, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e o direito ao meio ambiente sadio.⁵⁸

Os direitos de terceira geração ostentariam essa dimensão de fraternidade e solidariedade de forma mais evidente, seja porque dotados de um caráter difuso e voltados ao gênero humano como um todo, seja porque dependeriam de uma atuação conjunta e concertada de indivíduos, entidades públicas e privadas, agentes econômicos, governos e países.⁵⁹ No plano nacional, uma das expressões possíveis desses direitos passaria pela ressignificação da fraternidade como princípio político e jurídico, a partir de sua incorporação no plano constitucional.⁶⁰

Essa abordagem contribuiu para se discutir a poluição e a degradação ambientais a partir de suas variadas fontes, inclusive em relação ao problema do lixo e sua nova e gradual compreensão como resíduos que devem ser geridos,

57. Os direitos econômicos, sociais e culturais tiveram paulatino reconhecimento em textos constitucionais da segunda metade do século XX, inspirados pelo pioneirismo da Constituição mexicana de 1914, da Constituição da República alemã de 1919 e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

58. VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Christophe (Ed.). *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*. Genève/La Haye: Comité international de la Croix-Rouge/Martinus Nijhoff, 1984, p. 838 et seq.

59. A compreensão que hoje se tem a respeito da ideia de responsabilidade comum, porém diferenciada, no âmbito internacional, ou mesmo a respeito da ideia de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto na gestão de resíduos sólidos, acaba tendo como referência essa titularidade de um direito-dever de todos.

60. Sobre a discussão da fraternidade como princípio político e jurídico, consultar: FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 45 et seq.

valorizados e transformados. Essa nova compreensão foi incorporada ao debate da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (Cúpula da Terra ou Eco 92), ocorrida no Brasil no ano de 1992, bem como na Declaração da Rio 92 (Princípios 13, 14 e 16) e na Agenda 21 (Capítulos 4, 5, 6, 7, 16, 20 e 30), as quais passaram a dispor sobre questões envolvendo a proteção do meio ambiente, da vida e da saúde humanas, em conexão com o tema dos resíduos sólidos.⁶¹

Desde então, a discussão sobre a gestão dos resíduos tem-se ampliado e agregado novos desafios, tais como o lixo eletrônico, as baterias e pilhas, as lâmpadas, os plásticos (incluindo micro e nanoplásticos) produzidos em grande escala, que podem causar poluição (solo, rios e mares) e afetar o meio ambiente e a vida humana e não humana.

Isso foi evidenciado nas discussões da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em 2012, intitulada Rio+20, em que houve reforço do compromisso com a gestão e a redução dos resíduos, em diretrizes do Relatório Final denominado “*O Futuro que queremos*”, a saber: preocupação explícita com o objetivo de reduzir, reutilizar e reciclar (3Rs); preocupação com o ciclo de vida dos produtos; apelo à sinergia local, nacional e internacional; reconhecimento de esforços internacionais para controle e gestão de produtos químicos e resíduos (e.g. Convenção de Basileia, Convenção de Roterdã e Convenção de Estocolmo);⁶² e desestímulo ao turismo indesejado de lixo, substâncias tóxicas e resíduos perigosos de países desenvolvidos para outros, em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

61. Isso é ilustrado pelo Princípio 14 da Declaração do Rio, que determina a cooperação para desestimular o indesejável turismo de resíduos sólidos (especialmente substâncias poluentes, tóxicas e perigosas) entre países. O Princípio 8 também estimula a redução e a eliminação dos sistemas de produção e consumo não sustentados, que impactam negativamente a gestão de resíduos sólidos. Os Princípios 13 e 16 fomentam a necessidade de legislação nacional para controle de contaminações e outros danos ambientais e o princípio do poluidor-pagador. Do mesmo modo, a Agenda 21 previu, em diversos capítulos, o enfrentamento da questão dos resíduos sólidos como questão que impacta o meio ambiente e a sadia qualidade de vida. Nos Capítulos 4, 16 e 30 foi estabelecido que o enfrentamento de padrões insustentáveis de produção e consumo, em diferentes vertentes, teria a gestão (e máxima redução) de resíduos como elemento-chave. No Capítulo 5, há conexão da questão dos resíduos sólidos com a formulação de políticas de assentamento humano. No Capítulo 6, ao tratar da proteção e promoção da saúde humana, foi ressaltada a necessidade de minimizar os riscos e manter o meio ambiente em um nível que não prejudique ou ameace a saúde e a segurança humanas, inclusive em razão da gestão de resíduos sólidos e eliminação de lixo nas grandes cidades. O Capítulo 7 incluiu os resíduos sólidos nos pontos a serem considerados por infraestruturas ambientais (juntamente com água, saneamento e drenagem). O Capítulo 20 tratou do manejo ambientalmente saudável de resíduos perigosos e a prevenção do seu tráfico internacional ilícito.

62. Consultar: Decreto 875/1993, Decreto 5.360/2005 e Decreto 5.472/2005.

Do mesmo modo, os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, lançados em 2015 e detalhados na Agenda 2030, reforçam essa nova compreensão que tem, como base, a ideia de um direito de terceira geração.⁶³

2.3. GESTÃO DE RESÍDUOS EM CONEXÃO COM OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No âmbito de funcionamento dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, há importantes referências que vinculam a proteção do meio ambiente com a proteção dos direitos humanos, as quais têm relevância para o tema da gestão de resíduos, substâncias tóxicas e outras possíveis fontes de poluição e degradação ambientais.

Dois instrumentos internacionais merecem destaque, por reconhecerem formalmente um direito humano a viver em um meio ambiente sadio. Em primeiro lugar, a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (1981) adotou, em seu art. 24, um direito de todos a um meio ambiente satisfatório e abrangente, que favoreça o desenvolvimento das pessoas. Em segundo lugar, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), chamado de “Protocolo de São Salvador”, estipulou que toda pessoa tem o direito a viver em um meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos, devendo os Estados-Partes promover a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente.

Distintamente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos nunca previu um dispositivo específico sobre um direito ao meio ambiente sadio, embora tenham existido propostas a esse respeito (inclusive na década de 1970). Entretanto, isso não impediu que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) desenvolvesse uma jurisprudência favorável à proteção do meio ambiente, considerando-o como um elemento relevante, que indiretamente influencia a proteção de direitos humanos previstos na Convenção Europeia, tais como o direito à vida privada e familiar, o direito de propriedade, o direito à integridade física, o direito a um recurso processual efetivo.

O TEDH desenvolveu um entendimento jurisprudencial que conecta o meio ambiente (objeto mediato de proteção) com os direitos humanos (objeto

63. Consultar, por exemplo, o Objetivo 11 (Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resistentes e sustentáveis) e o Objetivo 12 (Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis), que guardam direta pertinência com o tema de gestão e redução de resíduos sólidos. A esse respeito, consultar: <<https://nacoesunidas.org/pos2015>>. Acesso em 31.08.2020.

imediate de proteção), ressaltando que as diversas fontes de poluição e degradação ambientais podem impactar bens jurídicos protegidos em normas de direitos humanos e, conseqüentemente, violar tais direitos. Daí porque, em contrapartida, o TEDH passou a aplicar, nesse contexto, o critério jurisprudencial de obrigações positivas dirigidas aos Estados-Partes da Convenção Europeia, no sentido de que devem agir e adotar medidas que garantam o efetivo cumprimento e a proteção dos direitos humanos, a partir de uma interpretação mais dinâmica e flexível (em face do critério de margem de apreciação nacional e do princípio da proporcionalidade) das normas de direitos humanos, à semelhança da ideia de multifuncionalidade de direitos fundamentais (não só direito de defesa ou de não ingerência, mas também direito a prestações positivas e medidas adequadas).

Dessa forma, embora não exista a previsão de um específico direito ao meio ambiente como direito individual subjetivo na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a finalidade de proteção do meio ambiente seria alcançada, de forma indireta, em conexão com a proteção direta de direitos humanos previstos na aludida Convenção, em termos de direitos materiais e processuais. Três exemplos ilustram essa perspectiva, em conexão com o tema da gestão de resíduos no meio ambiente urbano.

Em primeiro lugar, o emblemático caso *López Ostra c. Espanha*,⁶⁴ em que o TEDH reconheceu a violação do direito à vida privada e familiar (art. 8º), pois constatados significativos impactos negativos continuamente causados por gases fétidos, ruídos e fumaças (poluição sonora e do ar) emitidos por usina de tratamento de resíduos sólidos e líquidos que funcionava a doze metros da residência de Gregoria Lopez Ostra. Ainda que a atividade fosse lícita (embora inicialmente em funcionamento irregular, desde 1988, por ausência de licença ambiental pertinente) e algumas medidas tivessem sido adotadas pela municipalidade de Lorca (remoção provisória de alguns residentes, até o fechamento parcial da usina), restaram comprovados danos às condições básicas de bem-estar, salubridade e habitação adequada de Gregoria López Ostra e sua família, por quase três anos, inclusive após o fechamento parcial da usina, bem como a insuficiência de medidas que deveriam ter sido adotadas por aquela municipalidade para garantir a efetividade dos direitos violados (ainda que não se pudesse imputar ao Estado a responsabilidade direta pela emissão dos poluentes).

64. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *López Ostra c. Espanha*, n.º 16798/90, 9 de dezembro de 1994.

No caso *Öneryıldız c. Turquia*⁶⁵, o TEDH reconheceu a violação a diversos direitos humanos – direito à vida (art. 2º), direito à propriedade privada (art. 1º do Protocolo nº 1 à Convenção), direito à vida privada e familiar (art. 8º), direito a um recurso processual efetivo (art. 13) c/c o direito à vida e à propriedade privada – em razão dos impactos negativos causados por explosão de gás metano em um depósito de lixo (lixão) e subsequente deslizamento de terras, que destruiu mais de 10 casas e causou 39 mortes, em favela (*slum quarter*) nos subúrbios (*Kazım Karabekir in Ümraniye*) de Istambul, incluída a casa do peticionante (*Maşallah Öneryıldız*), que perdeu nove parentes naquele incidente.

Ocorrido em 28.04.1993, esse acidente ambiental atingiu área de ocupação irregular tolerada pelas autoridades locais e muito próxima ao lixão que recebia depósitos de lixo residencial de quatro distritos, com autorização do Conselho da cidade de Istambul, desde a década de 1970, sendo que havia longa disputa administrativa sobre o planejamento urbano da área entre os distritos envolvidos e pouca disposição em modificar a situação e estabelecer controle adequado sobre os riscos decorrentes do lixão, ainda que estudos datados de 1991 já alertassem para o perigo de explosão decorrente do gás metano produzido pela decomposição do lixo, com impactos negativos aos moradores, aos animais e ao meio ambiente urbano local.

O TEDH concluiu que o Estado turco teria falhado em agir preventivamente para regularizar o funcionamento do depósito de lixo e para controlar seus impactos ambientais; teria falhado em tomar medidas preventivas em favor dos moradores da área contígua, evitando sua morte e violação a seus direitos humanos, em comportamento contraditório com dados técnicos e científicos de que tinha (ou deveria ter) conhecimento e com as disposições da legislação urbanística e de resíduos; teria falhado em remediar, em tempo razoável e de modo adequado, os danos causados aos envolvidos.

No caso *Giacomelli c. Itália*⁶⁶, o TEDH reconheceu a violação do direito à vida privada e familiar (art. 8º), pois constatados significativos impactos negativos continuamente causados por emissões gasosas tóxicas e ruídos (poluição sonora e do ar) emitidos por usina de tratamento de resíduos industriais tóxicos, que funcionou, por meio de processo químico de desintoxicação, por mais de sete

65. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Öneryıldız c. Turquia (GC)*, n.º 48939/99, 30 de novembro de 2004.

66. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Giacomelli c. Itália*, n.º 59909/00, 2 de novembro de 2006.

anos, sem o prévio estudo de impacto ambiental. Reconheceram-se, ainda, os danos causados à peticionante Piera Giacomelli, que residia a trinta metros da usina, ante a falta de adoção de medidas eficazes para mitigar os impactos negativos ocorridos e ante a falta de efetiva regularização da situação conforme a legislação existente, a despeito do conhecimento estatal sobre os riscos envolvidos para os moradores da região contígua à referida usina.

Os três exemplos analisados evidenciam a convergência gradual entre a proteção dos direitos humanos e a proteção do meio ambiente, no contexto da gestão de resíduos.

2.4. GESTÃO DE RESÍDUOS EM CONEXÃO COM O DIREITO SUPRANACIONAL DA UNIÃO EUROPEIA

O direito primário da União Europeia sobre proteção do meio ambiente e qualidade de vida (Tratado da União Europeia, Tratado de Funcionamento da União Europeia e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia) serve de baliza adicional à política de gestão dos resíduos, ainda que numa perspectiva mais ampla.⁶⁷ Do mesmo modo, o direito secundário europeu (especialmente regulamentos e diretivas) contribui para o alinhamento da gestão dos resíduos com o desenvolvimento econômico harmônico dentro do bloco europeu, pois fixa padrões mínimos de gestão de resíduos sólidos e líquidos (perigosos, tóxicos, químicos, industriais, residenciais e poluentes) que devem ser adotados como piso técnico-normativo, pelos Estados-Membros.

Um bom exemplo é a Diretiva 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabeleceu medidas de proteção do ambiente e da saúde humana, buscando prevenir e reduzir impactos da geração e da gestão de resíduos, diminuir impactos da utilização dos recursos e melhorar a eficiência dessa utilização. Seu texto adotou definição ampla de resíduos, como “quaisquer substâncias ou objectos de que o detentor se desfaz ou tem intenção ou obrigação de se desfazer”. Além disso, a gestão de resíduos foi definida como “a recolha, o transporte, a valorização e a eliminação de resíduos, incluindo a supervisão destas operações, a manutenção dos locais de eliminação após encerramento e as medidas tomadas na qualidade de comerciante ou corretor.”

67. Sobre as normas de proteção ambiental no direito europeu, consultar, ilustrativamente: MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. The Improvement of Article 37 of the EU Charter of Fundamental Rights - A Choice Between an Empty Shell and a Test Tube? In: JENDROSKA, Jerzy; BAR, Magdalena. (Org.). *Procedural environmental rights: Principle X in theory and practice*. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 97-118.

A Diretiva 2008/98/CE, que revogou as anteriores Diretivas 75/439/CEE, 91/689/CEE e 2006/12/CE, ilustra a convergência do tema da gestão dos resíduos com as normas de proteção ambiental e sanitária do direito primário europeu, realçando o princípio do poluidor-pagador e a meta de uma economia circular. No seu texto, a hierarquia dos resíduos foi descrita como princípio geral da legislação e da política de prevenção de resíduos (art. 4º), por meio da seguinte ordem de prioridade de processos: prevenção e redução; preparação para a reutilização; reciclagem; outros tipos de valorização dos resíduos (como a valorização energética); e, por fim, eliminação. Além disso, foi estabelecido um *regime de responsabilidade alargada do produtor* (art. 8º)⁶⁸.

O seu art. 13 dispôs sobre a proteção da saúde humana e do meio ambiente, evitando que a gestão de resíduos traga riscos ao meio ambiente, provoque perturbações sonoras ou por cheiros e produza efeitos negativos na paisagem natural rural ou em locais de especial interesse. Foram definidas normas especiais para resíduos perigosos, óleos usados e bio-resíduos. Também foi exigida a elaboração de planos de gestão de resíduos, instrumentos preventivos e repressivos de comando e controle e programas de prevenção de resíduos, estabelecendo-se prioridade aos objetivos de reciclagem e de valorização dos resíduos domésticos e de construção e demolição, com metas percentuais e temporais e relatórios de revisão periódica.

As normas europeias de gestão de resíduos servem de inspiração para países que, como o Brasil, não integram a União Europeia e que dependem diretamente do direito e de políticas nacionais para adequada gestão dos resíduos, o que acentua a importância do direito internacional do meio ambiente e dos direitos humanos.

68. “Artigo 8.º Responsabilidade alargada do produtor 1. A fim de reforçar a reutilização, a prevenção, a reciclagem e outros tipos de valorização de resíduos, os Estados-Membros podem tomar medidas de carácter legislativo ou não legislativo para assegurar que uma pessoa singular ou colectiva que a título profissional desenvolva, fabrique, transforme, trate, venda ou importe produtos (o produtor do produto) esteja sujeita ao regime de responsabilidade alargada do produtor. Essas medidas podem incluir a aceitação dos produtos devolvidos e dos resíduos que subsistem depois de esses produtos terem sido utilizados, bem como a subsequente gestão de resíduos e a responsabilidade financeira por essas actividades. Estas medidas podem incluir a obrigação de disponibilizar ao público informações acessíveis sobre até que ponto o produto é reutilizável e reciclável. (...)”. UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2008/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008, relativa aos resíduos e que revoga certas directivas* (2008), JO L 312, de 22.11.2008, pp. 3–30.

3. A LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O DESAFIO DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 contém muitas diretrizes para leis e políticas públicas relativas à gestão dos resíduos, tais como normas de proteção à saúde e ao meio ambiente; normas relativas a saneamento básico e infraestrutura urbana; normas de participação pública e cidadã; normas sobre desenvolvimento econômico e social e normas de distribuição de competências federativas. Nesse último caso, a autonomia federativa municipal, desde 1988, pode ter contribuído para uma maior fragmentação de esforços para enfrentar a questão dos resíduos, tendo em vista que a sua gestão é tema de predominante interesse local, o que ajudaria a entender a morosidade (mais de vinte 20 anos) para se adotar uma política nacional de resíduos sólidos.⁶⁹

Além disso, o fato de o nosso País ter aderido à Convenção de Basiléia não teve o condão de suprir a ausência de uma lei formal e material sobre tão relevante matéria, omissão sanada apenas com o advento da Lei 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

A análise das disposições da Lei 12.305/2010 merece alguns destaques. Trata-se de legislação moderna, que representou avanço na gestão de resíduos sólidos no Brasil e que buscou adaptar-se ao contexto histórico em que foi editada. Também parece ter inspirações técnicas e conceituais no modelo do direito da União Europeia.⁷⁰

A PNRS adotou (art. 1º) princípios, objetivos e instrumentos (econômicos, gerenciais e administrativos), bem como diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos (incluídos os perigosos), às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis. Estipulou (art. 1º, §1º) vinculação subjetiva ampla a pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, que tenham relação com o tema.

69. Na linha do tempo da regulamentação legislativa desse tema, vale destacar inicialmente o Projeto de Lei 203/1991, que dispunha sobre resíduos de serviços de saúde, ao qual inúmeros outros projetos de lei foram apensados posteriormente, com ampliação de temas e enfoques. Foi somente com o PL 1991/2007 que o Poder Executivo federal apresentou um projeto de lei compreensivo e interdisciplinar para criação de uma política nacional de resíduos sólidos, que veio a ser aprovado no ano de 2010, tornando-se a Lei 12.305, de 2 de agosto de 2010, a qual veio a ser regulamentada pelo Decreto 7.404/2010. Para uma análise mais detalhada, consultar: FERRI, Giovani. O princípio do desenvolvimento sustentável e a logística reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). *Revista dos Tribunais*, v. 100, nº 912, p. 96 et seq., out. 2011.

70. Em sentido semelhante: SILVA, Alice da Rocha; CHAVES, Gisele de Lorena Diniz; GHISOLF, Verônica. Os obstáculos para uma efetiva política de gestão dos resíduos sólidos no Brasil. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, pp. 220-228, mai./ago. 2016.

Adotou definições técnicas muito importantes (art. 3º) e teve um tratamento transversal e interdisciplinar, integrando-se à Política Nacional do Meio Ambiente e articulando-se com a Política Nacional de Educação Ambiental e com a Política Federal de Saneamento Básico (art. 5º).

Ademais, um dos objetivos da PNRS é a proteção da saúde pública e da qualidade ambiental (art. 7º, I). Essa sinergia de elementos da PNRS corresponde, juntamente com o princípio da visão sistêmica (art. 6º, III), à compreensão teórica analisada anteriormente, ligada à convergência entre direitos humanos, meio ambiente e o tema dos resíduos.

A PNRS estipulou (art. 6º) diversos princípios que guiam sua interpretação e aplicação. Ao lado de princípios mais conhecidos (prevenção, precaução, desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador, razoabilidade e proporcionalidade, direito à informação e controle social), há novos princípios: visão sistêmica; ecoeficiência; o princípio do protetor-recebedor; respeito às diversidades locais e regionais; cooperação entre poder público, agentes econômicos e sociedade civil; reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania; responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto.⁷¹

À luz de relevantes e desafiadores objetivos (art. 7º), foram estipulados muitos instrumentos (art. 8º) para viabilizar a implementação da PNRS, bem como o estímulo à formação de planos de gestão de resíduos em todo os níveis do condomínio federativo. Houve, ainda, importante avanço social de integração e reconhecimento formal dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nos processos de gestão de resíduos, como concretização de uma economia solidária.⁷²

Do ponto de vista da distribuição de ônus e responsabilidades entre poder público, setor empresarial e coletividade, destaca-se a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos (art. 3º, XVII, c/c art. 30), a ser

71. Para uma análise detalhada, consultar: MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios da política nacional de resíduos sólidos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, v. 24, n. 7, pp. 25-33, jul. 2012.

72. Ilustrativamente, consultar, na Lei 12.305/2010, o seguinte: art. 7º, XII; art. 8º, IV; art. 15, V; art. 17, V; art. 18, II; art. 42, III; art. 44, II; art. 50. Consultar, ainda, o Decreto 7.405/2010, que instituiu o Programa Pró-Catador, em reforço ao reconhecimento formal do valor social e econômico da atividade desses trabalhadores no processo econômico. Para uma visão institucional, consultar o sítio do Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/catadores-de-materiais-reciclavéis>. Acesso em: 31.08.2020. Sobre a valorização do papel social dos catadores, consultar, ainda: SILVA, Paula Garcez Corrêa da. Desafios na implementação da política nacional dos resíduos sólidos (PNRS): uma análise jurídico-sociológica da eficácia das ações coletivas na solução de impasses. *Revista Internacional de Direito Ambiental*, Caxias do Sul (RS), v. 3, n. 7, pp. 292-299, jan./abr. 2014.

implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos. Essa ideia de responsabilidade compartilhada concretiza a ideia de solidariedade, que guia a compreensão dos direitos de terceira geração.

Conectado à responsabilidade compartilhada encontra-se o princípio da logística reversa (art. 3º, XII), que busca gerar um fluxo de materiais em reversão, de modo a otimizar o seu reaproveitamento e a sua destinação final ambientalmente adequada. A Lei determina a implementação prática dessa diretriz (art. 33), mediante a criação de sistemas de logística reversa para resíduos como pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes e seus resíduos e embalagens, lâmpadas fluorescentes (de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista), produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

A despeito de todos esses avanços legislativos, a implementação prática da PNRS ainda tem sido muito deficitária. Muitos problemas podem ser enumerados: dificuldade de eliminar completamente os lixões no país, falta de efetiva adesão político-administrativa dos municípios, problemas de custeio e sustentabilidade financeira dos serviços, assimetrias intermunicipais e interestaduais, falta de melhores indicadores e de maior conscientização dos problemas do setor, inadequado descarte de resíduos domésticos, ausência de atuação federativa integrativa, má gestão administrativa, corrupção, falta de atratividade e competitividade para atuação do setor privado.

O enfrentamento desses problemas tem sido contínuo. Ao lado da regulamentação geral da Lei da PNRS (Decreto 7.404/2010), o Governo Federal tem adicionado diretrizes para os sistemas de logística reversa em diferentes setores. Um exemplo recente é o Decreto 10.240/2020, relativo à implementação de sistema de logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico. Além disso, em 2019, o Ministério do Meio Ambiente lançou a Agenda Nacional de Qualidade Ambiental Urbana, com seis frentes de atuação: Combate ao Lixo no Mar, Áreas Verdes Urbanas, Qualidade do Ar, Saneamento e Qualidade das Águas, Áreas Contaminadas e Gestão de Resíduos Sólidos. Nesse último caso, está em curso o Programa Nacional Lixão Zero, focado em oferecer dados, suporte a estados e municípios e um plano de ação.⁷³

73. A respeito da Agenda Nacional de Qualidade Ambiental Urbana, consultar: <<https://mma.gov.br/agenda-ambiental-urbana.html>>. Acesso em 31.08.2020.

Outra vertente do debate tem sido a iniciativa legislativa municipal e estadual de substituição de sacolas e canudos plásticos por outros, considerados mais ecológicos e sustentáveis, embora haja certa polêmica a esse respeito.⁷⁴ De fato, a produção em massa e o descarte inadequado do plástico são pontos centrais para a gestão de resíduos e a mudança de padrões de produção e consumo no mundo, especialmente em áreas urbanas.

Ademais, caso não sejam adotadas medidas efetivas de gestão de resíduos no Brasil, continuaremos a postergar as metas estabelecidas, a exemplo do ocorrido com a recente Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, que atualizou o marco legal do saneamento básico, buscando universalizar serviços de saneamento básico até 2033, modificando, ainda, a Lei da PNRS (nova redação dos arts. 19, XIX, e 54), para fixar novos prazos para a disposição final ambientalmente adequada de rejeitos no País (o problema – sem fim – dos lixões).

De todo modo, em visão geral, todos esses elementos demonstram que a PNRS é uma Lei abrangente e funciona à semelhança de uma lei-quadro, cuja implementação depende dos esforços conjuntos de todos os entes federativos, dos agentes do setor econômico e da coletividade. Sua implementação é continuada e progressiva, por exigir mudanças comportamentais e estruturais e constante investimento econômico, orçamentário e de infraestrutura. É uma Lei que envolve muitos aspectos técnicos, ao lado de importantes elementos de políticas públicas.

A PNRS envolve muitos direitos fundamentais (saúde, qualidade de vida, meio ambiente equilibrado, direito do consumidor, livre iniciativa), interesses econômicos e serviços públicos (envolvendo taxas, concessões, contratos, consórcios, convênios, parcerias público-privadas), criando intersecções com diversas áreas (saúde, meio ambiente, saneamento básico, ordenamento urbano, serviços públicos) e ramos jurídicos (administrativo, ambiental, licitatório, sanitário, econômico, financeiro-orçamentário, constitucional, tributário, criminal).

Dessa forma, esse quadro abrangente, multifacetado e complexo é que deve ser levado em conta pela Administração e pelo Poder Judiciário, na análise de casos concretos. Todas essas características e balizas centrais da PNRS devem

74. Já existe um grande número de leis aprovadas no Brasil, com predominância de leis municipais (embora existam algumas leis estaduais). Consultar, ilustrativamente: Lei nº 9.529, de 27.02.2008, do Município de Belo Horizonte/MG; Lei nº 15.374, de 18.05.2011, do Município de São Paulo/SP; Lei nº 6.322, de 10.07.2019, do Distrito Federal; Lei nº 5.502, de 15.07.2009, Lei nº 8.006, de 25.06.2018, e Lei nº 8.473, de 15.06.2019, todas do Estado do Rio de Janeiro.

ser consideradas como guias interpretativos e de aplicação para a adequada gestão de resíduos.

4. O CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE GESTÃO DE RESÍDUOS NO CONTEXTO DA LEI 12.035/2010

Em complemento ao estudo teórico e jurídico-dogmático do tema aqui proposto, a jurisprudência também tem fornecido importantes contribuições. Nesse sentido, destacam-se alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que, nos domínios do Direito Ambiental, têm dado respostas às demandas que trazem em si o substrato normativo da Lei 12.305/2010.

4.1. OS RESÍDUOS SÓLIDOS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Lei 12.305, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, no Brasil, só veio a lume em 2 de agosto de 2010. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, mesmo antes de seu advento, julgou, em 24 de junho de 2009, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF⁷⁵, fazendo-o à luz da Convenção de Basiléia – norma que representa relevante marco internacional, no que respeita ao controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito, e que foi incorporada, ao ordenamento jurídico brasileiro, pelo Decreto 875, de 19 de julho de 1993 –, e de dispositivos constitucionais, notadamente os que asseguram o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Federal).

A Corte Suprema julgou parcialmente procedente a aludida ADPF 101/DF, concluindo pela constitucionalidade de atos normativos – entre eles Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior - DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX e Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, que proibiam a importação, pelo Brasil, de pneus usados (ressalvados os países integrantes do MERCOSUL) –, bem como do próprio Decreto 875/93, em face dos preceitos fundamentais garantidores do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Foram declaradas “inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie,

75. ADPF 101/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 04.06.2012.

aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes aos provenientes de Estados integrantes do MERCOSUL”, ressalvadas, ainda, decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estivessem sendo objeto de ação rescisória.

A ementa do aludido julgado bem reflete a preocupação do Supremo Tribunal Federal com os efeitos danosos de tais resíduos sólidos:

(...) a) os elementos que compõem os pneus, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria prima a impedir a atividade econômica.

Em outro interessante precedente sobre o tema dos resíduos sólidos, o Supremo Tribunal Federal analisou, em 6 de outubro de 2017, o Recurso Extraordinário 729.731/SP⁷⁶, interposto contra acórdão de Tribunal estadual que declarara a inconstitucionalidade de lei municipal que proibia o uso, pelos estabelecimentos da localidade, de embalagens plásticas à base de polietileno ou de derivados do petróleo, por inconstitucionalidade formal (por faltar competência ao Município e por se tratar de projeto de lei de iniciativa parlamentar) e material (por ofensa ao pacto federativo, ao princípio da separação dos poderes e por criação de despesa pública sem a indicação específica da correspondente fonte de custeio).

O Supremo Tribunal Federal deu provimento ao referido Recurso Extraordinário, para julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no Tribunal de origem, fazendo-o aos seguintes fundamentos: a) não houve vício formal de iniciativa ou aumento de despesa para o Poder Executivo, em matéria prevista no art. 61, § 1º, da Constituição Federal; b) sob o regime de repercussão geral, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu aos municípios a competência para legislar sobre direito ambiental quando se

76. Ag.Reg. nos Emb. Decl. no RE 729.731/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe de 26.10.2017.

tratar de assunto de interesse predominantemente local (RE nº 586.224/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 8/5/15 - Tema 145)”; c) o assunto tratado na lei municipal impugnada “constitui matéria de interesse do município, por estar relacionada à gestão dos resíduos sólidos produzidos na localidade, especificamente das sacolas plásticas”, reforçada a conclusão pela constitucionalidade da norma municipal ante o direito da população a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Trata-se de importante precedente que consagra a competência municipal para adoção de política de proteção ao meio ambiente, direcionada aos estabelecimentos da localidade que utilizem embalagens, que o art. 32 da Lei 12.305/2010 determina sejam “fabricadas com materiais que propiciem a reutilização ou a reciclagem”.

Após várias decisões admitindo – como no precedente anteriormente citado – a constitucionalidade de leis municipais que versam sobre a utilização de sacolas plásticas, a Corte Suprema, em 20 de outubro de 2017, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário 732.686/SP⁷⁷, interposto contra acórdão de Tribunal estadual que dera pela inconstitucionalidade de lei municipal que impunha a obrigação de substituição de sacos e sacolas plásticas por sacos e sacolas de material ecológico, ao entendimento de existência de vício de iniciativa e de não configuração de competência municipal, no caso, nos termos do art. 30, I e II, da Constituição Federal.

No referido julgado, o Supremo Tribunal Federal, de início, louva a iniciativa de vários municípios quanto à adoção de políticas ambientais para reduzir a quantidade de sacos plásticos produzidos e consumidos, destacando que passaram eles a ser adotados pelos supermercados no final da década de 1980 e transformaram-se num dos maiores poluentes do planeta, estimando-se que, no Brasil, cerca de 1,5 milhões de sacolas plásticas são distribuídas por hora.

Não obstante, destaca a Corte que, caso ultrapassada a controvérsia quanto à inconstitucionalidade formal subjetiva, faz-se necessário que ela se manifeste quanto à alegação de inconstitucionalidade material, ponderando princípios constitucionais, no caso, porquanto “a proibição de fornecer sacolas plásticas nocivas ao meio ambiente, sobretudo quando cumulada com a obrigatoriedade de substituição por outro material, pode se tornar excessivamente onerosa e desproporcional ao empresário”.

77. RE 732.686/SP - RG, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 13.11.2017.

A matéria encontra-se pendente de julgamento, no mérito, quando o Supremo Tribunal Federal firmará, de maneira definitiva, sua posição sobre a constitucionalidade de imposição, por lei municipal, da obrigatoriedade de substituição de sacolas plásticas por outras, de material ecológico.

4.2. OS RESÍDUOS SÓLIDOS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça – que, no Brasil, tem a missão constitucional de ser o guardião da lei federal, uniformizando-lhe a interpretação – em matéria de Direito Ambiental tem algumas posições pacificadas, entre as quais destacam-se as veiculadas nas Súmulas 613⁷⁸ (“Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”), 618⁷⁹ (“A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”), 623⁸⁰ (“As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”) e 629⁸¹ (“Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”).

No Recurso Especial 1.310.471/SP⁸², o Superior Tribunal de Justiça julgou um caso emblemático, no qual uma grande empresa brasileira de fabricação e reciclagem de baterias automotivas fora interdita, pelo órgão de controle de poluição do Estado de São Paulo, e no processo judicial dela se cobrava multa, derivada de auto de infração lavrado em 2002, por reiterada emissão de chumbo na atmosfera, com contaminação, por esse metal pesado, do meio ambiente e da população de baixa renda residente nas imediações da empresa, inclusive de trezentas e três crianças, que apresentaram teor do metal no organismo acima dos valores de referência da Organização Mundial da Saúde - OMS, ocasionando sérios riscos à saúde da aludida comunidade. Esse episódio de plumbemia recebeu ampla cobertura e divulgação nos meios de comunicação local e nacional, seja pelo tipo de contaminante, seja por envolver contaminação de crianças e da população vizinha à empresa.

O Recurso Especial da empresa foi improvido, pelo Superior Tribunal de Justiça, restando mantidas a improcedência dos Embargos à Execução e a

78. Primeira Seção, aprovada em 09.05.2018, DJe de 14.05.2018.

79. Corte Especial, aprovada em 24.10.2018, DJe de 30.10.2018.

80. Primeira Seção, aprovada em 12.12.2018, DJe de 17.12.2018.

81. Primeira Seção, aprovada em 12.12.2018, DJe de 17.12.2018.

82. REsp 1.310.471/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 17.09.2013.

multa imposta à empresa, em acórdão capitaneado por voto condutor que revela a elevada sensibilidade social e ambiental de seu prolator, o Ministro Herman Benjamin.

Em relevante julgado sobre o tema dos resíduos sólidos, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.367.549/MG⁸³, concluiu pela possibilidade de o Ministério Público, por meio de ação civil pública, compelir o Município a implementar obra pública de usina de reciclagem de entulhos, inclusive provenientes da construção civil, que estavam causando danos ao meio ambiente.

No caso, o Ministério Público ajuizara ação, demonstrando que o Município estava provocando danos e degradação ao meio ambiente, também em área de preservação permanente, com contaminação e aterramento de nascente d'água, em decorrência de manutenção de depósito de entulho, incluído o da construção civil, em situação inadequada, e postulando fosse ele condenado a implementar obra pública de usina de reciclagem de entulhos.

O acórdão do Tribunal de origem, apesar de fazer referência a vários elementos probatórios que induziam a existência de dano ambiental, mas, considerando que, durante a tramitação do processo, teria ocorrido melhora no sistema de destinação de resíduos sólidos, com aprovação de lei municipal regulamentando o tema, contraditoriamente julgou improcedente a ação, em razão da ausência de provas, e sem apontar medida concreta que teria sido tomada para a cessação do dano ambiental. Concluiu, ainda, que a escolha de realização de obra pública específica constitui ato discricionário do Poder Executivo, a ser realizado de acordo com sua conveniência.

O Superior Tribunal de Justiça superou, no caso, o seu enunciado sumular 7 – que lhe veda a apreciação de fatos e provas –, ante a contradição do acórdão recorrido. Fundamentou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – no sentido de que “o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes”⁸⁴ –, bem como no entendimento da Corte da Cidadania, no mesmo sentido⁸⁵, destacando que “alguns direitos, como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado, fazem parte de um núcleo de obrigações que o Estado deve considerar como

83. REsp 1.310.471/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 17.09.2013.

84. AI 708.667/SP AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 10.04.2012.

85. REsp 575.998/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 16.11.2004; REsp 429.570/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 22.03.2004.

prioritárias”. Assim, concluiu o Superior Tribunal de Justiça por dar provimento parcial ao Recurso Especial do Ministério Público, para devolver os autos à Primeira Instância, para que lá se procedesse à instrução do feito, levando-se em conta o art. 462 do CPC/73 e o advento, no curso do processo, da Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010), sobretudo à luz de seu art. 54, que fixou prazo para a implantação da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

O Superior Tribunal de Justiça julgou, ainda, interessante caso no Recurso Especial 1.339.046/SC⁸⁶, que tratava de ação civil pública por danos ao meio ambiente – contaminação do solo, do ar e de recursos hídricos – movida contra empresa que teria entrado em funcionamento sem se adequar às normas de licenciamento ambiental, e, munida deste, não teria cumprido as obrigações que lhe foram impostas, relativas à disposição adequada dos resíduos sólidos e à operação de estação de tratamento dos efluentes líquidos, industriais e sanitários. Requereu-se sua condenação ao pagamento de indenização e à regularização da atividade empresarial. Nas instâncias ordinárias o processo foi extinto, por perda de objeto, em razão do encerramento das atividades da empresa, com arrematação do imóvel e das instalações, em execução fiscal, e superveniente falência.

Interpostos Recursos Especiais, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e pelo Ministério Público Federal, o Superior Tribunal de Justiça deu-lhes provimento, para anular o acórdão recorrido e a sentença, entendendo que o feito realmente perdera o objeto, quanto ao pedido de regularização ambiental da atividade, mas não quanto ao pleito indenizatório por eventuais danos causados ao meio ambiente. Registrou que o Tribunal de origem reconheceu que a empresa operara sem licenciamento ambiental regular, pois não demonstrara o atendimento das condicionantes impostas pela fiscalização ambiental, pondo em risco a saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entendeu, assim, que: a) presente o dano e, em tese, o dever de indenizar, a mera interrupção da atividade produtiva da empresa poluidora não implica eficácia moratória ou liberatória da responsabilidade ambiental e não conduz à falta de interesse no processamento da ação civil pública; b) a instituição do juízo universal não se caracteriza como elemento sumário de desaparecimento de obrigações preexistentes debatidas em demandas judiciais, concluindo que a falência (e

86. REsp 1.339.046/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 07.11.2016.

também a recuperação judicial) não acarreta a extinção automática de ação civil pública, notadamente a de índole ambiental, na qual estão em jogo interesses e direitos intergeracionais; c) o Direito Ambiental adota amplamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no art. 4º da Lei 9.605/98 (lei especial), sendo dispensado, em face do princípio da recuperação *in integrum* e do princípio poluidor-pagador, o requisito exigido pelo regime comum do art. 50 do Código Civil (lei geral) para a desconsideração da personalidade jurídica; d) a ação fora ajuizada também contra Fundação estadual do meio ambiente, ante a omissão fiscalizatória e punitiva da Administração, pelo que, havendo mais de um causador do mesmo dano ambiental, todos respondem solidariamente pela reparação, embora a responsabilidade solidária do Estado seja exigível de forma subsidiária.

Em outra oportunidade, em 10 de junho de 2008, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial 982.923/PR⁸⁷, que versava sobre questão processual concernente à legitimidade ativa de Associação de Moradores para ajuizar ação coletiva por danos ao meio ambiente e à saúde humana, contra diversas empresas que mantinham com outra, falida desde 1995, contrato de serviços de reciclagem de resíduo altamente tóxico. Após a falência da aludida empresa, constatou-se que deixara ela de armazenar, de maneira adequada, milhares de tambores de resíduos tóxicos (muitos deles enterrados), que teriam poluído o meio ambiente, sobretudo a água dos bairros próximos, onde vivem os associados da autora, que teriam sido contaminados, e, em decorrência, estariam doentes.

A Associação de Moradores dos bairros contaminados ajuizou ação coletiva contra as contratantes da empresa falida, postulando a descontaminação e a recuperação das áreas degradadas, bem como a indenização por danos morais e materiais. O Tribunal local deu pela ilegitimidade ativa da Associação de Moradores, no que respeita ao pedido de indenização por danos morais e materiais, porquanto a ação coletiva não se fundamentava em direito individual homogêneo dos associados.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial da Associação de Moradores, reconhecendo sua legitimidade ativa, ao fundamento de que se tratava de tutela de direitos individuais homogêneos, caracterizados por um fato de origem comum – no caso, o vazamento de produtos tóxicos e

87. REsp 982.923/PR, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJe de 12.08.2008.

a contaminação da água consumida pelos associados –, na forma do art. 81, parágrafo único, III, da Lei 8.078/90.

O tema relativo ao depósito de resíduos sólidos em local inapropriado e sem o devido licenciamento ambiental tem rendido ensejo a vários recursos apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça, também em sede de ação de improbidade administrativa⁸⁸ e de ações penais⁸⁹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestão de resíduos sólidos é um tema complexo, transversal e interdisciplinar, influenciado por eventos históricos, econômicos e sociais que foram despertando a humanidade para essa questão. Sua compreensão atual envolve a convergência de muitos fatores. No âmbito político-jurídico, ressalta-se a preocupação com a qualidade de vida, a saúde e o meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma maior atenção ao modo de vida urbano.

O recorte de análise aqui empreendido acentuou a importante conexão entre a gestão dos resíduos, os direitos humanos e o meio ambiente. Os instrumentos internacionais de direitos humanos e de proteção ambiental lançaram bases para a afirmação do direito a viver em um meio ambiente sadio como direito humano de terceira geração, a refletir as ideias de solidariedade e fraternidade e servir de suporte para se enfrentar os desafios da gestão dos resíduos. Ademais, a exemplo do que ocorre no sistema europeu de direitos humanos, a inexistência de previsão de um direito ao meio ambiente na Convenção Europeia não impediu a criação de jurisprudência que considera a proteção ambiental como elemento essencial para a garantia de certos direitos humanos, tendo em vista que a poluição e a degradação ambientais podem levar (indiretamente) à sua violação. Também o direito primário e secundário da União Europeia mantém relevante vinculação entre meio ambiente, proteção de direitos e gestão de resíduos.

No cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 traz importantes referências para o tema, sendo a Lei 12.305/2010, que estabeleceu a PNRS, o parâmetro central da legislação infraconstitucional. A despeito de muitos avanços legislativos, há ainda muitos problemas que se traduzem numa dificuldade de transposição da PNRS para a realidade fática.

88. Por exemplo: AgInt no REsp 1.745.777/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, 2ª Turma, DJe de 21.11.2018.

89. Por exemplo: HC 179.831/SE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª Turma, DJe de 08.09.2015.

O Poder Judiciário tem apresentado papel de destaque, como revelam os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça aqui analisados, ao garantir a efetividade da PNRS, buscando proteger a qualidade de vida, a saúde e o meio ambiente, em casos envolvendo a gestão de resíduos sólidos, concretizando o ideal de solidariedade e o direito a viver em um meio ambiente sadio como direito humano de terceira geração.

O presente estudo buscou oferecer uma visão dos desafios legislativos, administrativos e políticos da gestão dos resíduos sólidos no Brasil, incluindo o seu debate no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, complementada pela abordagem do tema no plano internacional, supranacional e do controle de convencionalidade.

Ao lado do aspecto político-jurídico, o desafio da gestão de resíduos, com vistas à preservação do meio ambiente e à proteção dos direitos humanos, passa pela necessidade de repensar nosso modelo econômico e social e a nossa compreensão de sustentabilidade, a exigir mudanças nos padrões de produção e consumo. Não gerar, reduzir, reutilizar, reciclar, revalorizar e eliminar adequadamente os resíduos são elos de nossa responsabilidade compartilhada e pilares de uma economia solidária e sustentável.

Conforme adverte Alexandra Aragão, ao refletir sobre o tema da gestão dos resíduos, é preciso repensar o “metabolismo social” e os seus momentos anabólicos (tais como a redução e a não geração) e catabólicos (tais como a gestão de resíduos em sentido estrito e os processos de reutilização, reciclagem, valorização e eliminação).⁹⁰

REFERÊNCIAS

ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil 2018/2019*. Disponível em: <<https://abrelpe.org.br/panorama/>>. Acesso em: 31.08.2020.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de protecção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006.

BERHORST, Ralf et al., *Deutschland zur Kaiserzeit: das Deutsche Reich in historischen Fotos; 1871 - 1914*. *Geo Epoche Panorama*, n° 1. Hamburg: Gruner + Jahr, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 (7ª tiragem).

90. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de protecção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 777-778.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. STF. ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 04.06.2012.

_____. Ag.Reg. nos Emb. Decl. no RE 729.731/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe de 26.10.2017.

_____. AI 708.667/SP AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 10.04.2012.

_____. RE 732.686/SP - RG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe de 13.11.2017.

BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1.745.777/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, DJe de 21.11.2018.

_____. HC 179.831/SE, Rel. Min. Gurgel de Faria, 5ª Turma, DJe de 08.09.2015.

_____. REsp 1.310.471/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 17.09.2013.

_____. REsp 1.339.046/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 07.11.2016.

_____. REsp 1.367.549/MG, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe de 08.09.2014.

_____. REsp 429.570/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJe de 22.03.2004.

_____. REsp 575.998/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe de 16.11.2004;

_____. REsp 982.923/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJe de 12.08.2008.

DICKENS, Charles. **Um conto de duas cidades**. Tradução de Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2003.

FERRI, Giovanni. O princípio do desenvolvimento sustentável e a logística reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010). **Revista dos Tribunais**, v. 100, nº 912, pp. 95-115, out. 2011.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. **Revista da AGU**. Brasília-DF: AGU, ano XIII, n. 42, pp. 39-74, out./dez. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípios da política nacional de resíduos sólidos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 24, n. 7, pp. 25-33, jul. 2012.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. The Improvement of Article 37 of the EU Charter of Fundamental Rights - A Choice Between an Empty Shell and a Test Tube? In: JENDROSKA, Jerzy; BAR, Magdalena. (Org.). **Procedural environmental rights: Principle X in theory and practice**. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 97-118.

MEADOWS, Donella H. et al., **Limites do crescimento: um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o Dilema da Humanidade**. Tradução de Inês M. F. Litto, revisão de Eglacy Porto Silva. Título original: **Limits to Growth**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

MEADOWS, Donella; RANDERS, Jogen; MEADOWS, Dennis. **Limites do crescimento: a atualização de 30 anos**. Rio de Janeiro, Qualitymark, 2007.

ONU. Stockholm Declaration on the Human Environment. In: **Report of the United Nations Conference on the Human Environment**, UN Doc.A/CONF.48/14, at 2 and Corr.1 (1972).

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Alice da Rocha; CHAVES, Gisele de Lorena Diniz; GHISOLF, Verônica. Os obstáculos para uma efetiva política de gestão dos resíduos sólidos no Brasil. **Revista Veredas do Direito**, v. 13, n. 26, pp. 211-234, mai./ago. 2016.

SILVA, Paula Garcez Corrêa da. Desafios na implementação da política nacional dos resíduos sólidos (PNRS): uma análise jurídico-sociológica da eficácia das ações coletivas na solução de impasses. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul (RS), v. 3, n. 7, pp. 291-306, jan./abr. 2014.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Giacomelli c. Itália**, n.º 59909/00, 2 de novembro de 2006.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **López Ostra c. Espanha**, n.º 16798/90, 9 de dezembro de 1994.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Öneryıldız c. Turquia (GC)**, n.º 48939/99, 30 de novembro de 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio-ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2008/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro de 2008, relativa aos resíduos e que revoga certas directivas** (2008), JO L 312, de 22.11.2008, pp. 3-30.

VASAK, Karel. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: SWINARSKI, Christophe (Ed.). **Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet**. Genève/La Haye: Comité international de la Croix-Rouge/Martinus Nijhoff, 1984, pp. 837-850.

PANDEMIA, MODERNIDADES, CONFLITO E ESPERANÇA

NÉFI CORDEIRO⁹¹

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19 a todos surpreendeu pela gravidade da doença e pela necessária mudança de hábitos: o isolamento social muda pessoas, muda o direito.

É momento de crescente preocupação legislativa com um direito penal mais eficiente, que para isso usa de mais e mais tipos penais, controlando a sociedade pelo medo da pena, em crimes com inseguras delimitações e com provas mais invasivas.

A preocupação inicial do artigo é situar a tendência criminalizante e de eficiência, com a paralela preocupação de não se esvaziarem conteúdos garantidores historicamente fixados. Dos crimes menos claros, veio a lei a permitir sempre e mais provas de violação dos sigilos e do domicílio, e hoje passa o Estado a fazer provas mesmo sem processos instaurados de culpa – no reconhecimento facial em locais públicos, na colheita antecipada de material genético.

A modernidade perigosamente busca tão célere prisão de criminosos que se tornam menos seguras as cautelas de realmente se terem culpados, por relevantes e previamente conhecidos danos sociais.

O Brasil, nessa realidade, sofre ainda com uma grande tensão entre instituições e pessoas. Poderes do Estado se confrontam por competências e pela supremacia; pessoas se digladiam por apoiarem os diferentes polos de ideias.

91. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR, com concentração na área criminal. Professor Universitário – graduação e pós-graduação, lato e stricto sensu. Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Presidente da 6ª Turma (matéria criminal).

A necessidade de todos contribuírem para os destinos da nação se torna ainda mais preocupante quando podem alguns optar pela segurança do isolamento, enquanto outros precisam optar pela insegurança do ganha-pão diário. Alguns são menos iguais...

Finalmente, a humanidade – não como condição biológica, mas como dever de solidariedade empática – é vista no artigo como motor condutor do restabelecimento da democracia ideal, com a mais próxima oferta de opções aos cidadãos e com o respeito às diferenças, pessoais e funcionais.

2. TECNOLOGIAS PERSECUTÓRIAS NA MODERNIDADE.

A modernidade foca em um direito penal coletivo, onde os danos individualizados – mesmo gravemente violadoras à pessoa – tornam-se socialmente menos relevantes do que os danos não individualizáveis e perenes. Muda o prisma da proteção à honra, à propriedade e mesmo à vida, para a proteção de todos, do hoje e do futuro: crimes tributários e financeiros, crimes empresariais e contra a saúde pública, crimes informáticos e ambientais.

O direito penal perde em segurança individual, pela tendência a tipos penais abertos (sem plena delimitação do conteúdo normativo) e de perigo – evitando o risco de não proteger condutas socialmente gravosas, mas ainda imprecisas (como poluição ou temeridade de gestão empresarial), evitando a dificuldade probatória (como na entrega de veículo automotor a pessoa não habilitada⁹²). Ganha a eficiência persecutória, perdem os cidadãos na garantia da legalidade – crime é conduta vaga – e da lesividade, pois no crime de perigo, especialmente quando abstrato, o agir é incriminado, independentemente de seu resultado.

Provas cada vez mais invasivas e potencialmente destrutivas são criadas em desfavor do perseguido. Passam a ser admitidas violações à privacidade no domicílio, na vida bancária e fiscal, nas conversas profissionais e íntimas, em não raros momentos sem qualquer exigência de motivação da imprescindibilidade dessa prova ou de gravidade social do crime.

A proteção ao domicílio do cidadão, último resguardo de soberania individual, é na Constituição Federal excepcionada justamente para a proteção

92. Súmula 575 do STJ: *Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.*

dos moradores: desastre, socorro ou flagrante delito – salvo ordem judicial. Do ingresso no domicílio para proteger moradores contra crimes, passou-se a usar da norma protetiva para perseguir ao morador. A norma de proteção transformou-se em norma de coerção.

Resgata a jurisprudência atual um mínimo de proteção ao exigir uma justa causa para a invasão, nela não enquadráveis denúncias anônimas, hipóteses do raciocínio policial, presunções ou forjadas autorizações de acesso⁹³.

O próprio flagrante se altera em favor da eficiência, ao ser permitida sua prorrogação, como é mostra a Lei do Crime Organizado⁹⁴. Da exigência legal de prévia autorização judicial, passa a prática a autorização nenhuma, do flagrante caracterizado passam-se a situações onde sequer mais há crime em desenvolvimento – tudo pela eficiência.

A infiltração policial,⁹⁵ que apenas acompanharia ações criminais, tende a provocar crimes (o Estado contentor sendo o motivador da criminalidade)⁹⁶, a colaboração premiada é passível de direcionamento contra pessoas ou partidos políticos, pela possibilidade ilegalmente admitida⁹⁷ de acordos premiando notícias de crimes quaisquer, contra pessoas quaisquer – então escolhidas por alguém, delator ou representante estatal da negociação. Enfim, a busca pela proteção social coletiva e por uma maior eficiência penal levam nosso direito penal a soluções aplaudidas no momento, mas preocupantes na estabilidade do direito, porque reducionistas das garantias processuais.

93. RE 603616, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Publicação: 10/05/2016. Decisão: repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: “*A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente.*”

94. Lei nº 12.850/2013, Art. 8º *Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.* § 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

95. Lei nº 12.850/2013, Art. 10. *A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.*

96. Torna-se cada vez mais difícil descobrir se o agente infiltrado revela crimes que soube ou que provocou - Súmula 145/STF: *Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*

97. Além de violar a regra da utilidade, estável em todas as leis de colaboração premiada, incide agora em proibição expressa: Lei nº 12.850/2013, Art. 3º-B, § 3º *No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.*

A prova que surge para uso restrito, por seu alto grau de invasão da intimidade, tende a proliferar. A eficiência da quebra de sigilo telefônico, prova subsidiária para crimes de reclusão⁹⁸, levou seu uso para mais cedo e com menos provas prévias (a imprescindibilidade apenas como justificativa retórica), permitindo um aproveitamento amplo do resultado – pela serendipidade, mesmo crimes de detenção⁹⁹ e até infrações administrativas¹⁰⁰ usam da prova de escuta telefônica. É a criação de uma bomba atômica às garantias pela justificativa de uso restrito a gravíssimos danos sociais, que passa a ser rotineiramente usada para danos quaisquer, mesmo leves.

No combate à tecnologia dos crimes, crescentes e inovadores, surgem os correspondentes mecanismos de investigação e prova estatais. Usa sim o crime de comunicações sigilosas em sistemas de comunicação criptografados e na “deep web”, usa sim de criptomoedas, da captação coletiva de valores por mecanismos internacionais de pirâmides virtuais. Ampliam-se os danos criminais no espaço internacional.

Como reação, as provas tecnológicas são novidades que encantam e assustam: acompanhamento eletrônico e por satélite de pessoas (sem ficção ou exagero), programas de reconhecimento visual (com graves defeitos de

98. Lei nº 9.296/96, Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: [...] II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

99. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010)

100. Compartilhamento de Dados Sigilosos e Procedimento Administrativo Disciplinar. O Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada, pelo Min. Carlos Britto, em inquérito instaurado contra Deputado Federal, do qual relator, deferiu, por maioria, o requerimento de remessa de cópias dos autos, com a cláusula de sigilo, ao Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Na espécie, o Presidente do referido Conselho solicitara o compartilhamento das informações constantes dos autos do inquérito para subsidiar procedimento administrativo disciplinar movido contra o parlamentar naquela Casa Legislativa. Na linha de precedentes da Corte, entendeu-se que os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por juiz competente, como no caso, podem ser compartilhados para fins de instruir procedimento administrativo disciplinar. Vencidos os Ministros Março Aurélio e Joaquim Barbosa, que indeferiram o pedido, ao fundamento de que os dados sigilosos obtidos só poderiam ser utilizados para fins de persecução criminal, nos termos do que disposto no art. 5º, XII, da CF. Precedentes citados: Inq 2424 QO/RJ (DJU de 24.8.2007); Inq 2424 Seg. QO/RJ (DJU de 24.8.2007); AP 470 ED /MG (acórdão pendente de publicação). Inq 2725 QO/SP, rel. Min. Carlos Britto, 25.6.2008. (Inq-2725) (Informativo STF, Brasília, 23 a 27 de junho de 2008 - Nº 512. PLENÁRIO)

qualidade, geradores perigosos do falso reconhecimento) e “malwares” implantados pela polícia¹⁰¹. Interessante foi recente precedente onde o Superior Tribunal de Justiça reconheceu nulidade da colheita de conversas através do programa “WhatsApp Web”, instalado sigilosamente pela polícia no celular de investigado, mesmo judicialmente autorizado – não haveria como identificar quais as conversas emitidas pelo proprietário do celular e quais as que poderiam em tese ter sido emitidas, em seu nome, pelo computador dos investigadores¹⁰².

O próprio acesso aos celulares de presos é medida rotineira, não raras vezes com duvidosa autorização do suspeito. A pretexto de segurança, ou de prova do crime flagrado, são os celulares devassados sem autorização judicial, revelando não somente se há crime, mas toda a vida do suspeito. A jurisprudência nacional já reconhece a invalidade dessa prova¹⁰³, mas a prática da invasão da privacidade não desaparece.

As infiltrações policiais agora acontecem virtualmente, em mídias sociais, buscando descobrir (espera-se não fazendo surgir) pedófilos ou criminosos sexuais, traficantes de drogas e pessoas.

Há necessidade da sofisticação e modernização dos meios de prova na realidade de crimes onde tende a ser menos importante a prova oral, mas releva a prova informatizada. O risco é a acomodação a crescentes patamares de perda da privacidade. O grande irmão de Orwell¹⁰⁴ está presente no acompanhamento da movimentação de pessoas por seus celulares, no reconhecimento facial e pelas impressões digitais em locais públicos e privados, em campos

101. CAPRIOLI, Francesco; Il “captorare informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia. file:///D:/Estaveis/1.%20Universidades/1.%20Catolica/Mestrado/3.%20Criminalidade%20e%20Seguranca/4%20Provas/malwares%20na%20italia.pdf Acesso em 01Jun2020.

102. Sexta Turma anula prova obtida pelo WhatsApp Web sem conhecimento do dono do celular. http://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-11-30_06-59_Sexta-Turma-anula-prova-obtida-pelo-WhatsApp-Web-sem-conhecimento-do-dono-do-celular.aspx Acesso em 01Jun2020.

103. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1) Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular extraídos do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Precedentes. 2) É reconsiderada a decisão inicial porque não se trata de implícita autorização de quebra do sigilo de aparelho com dados cuja busca se determinou. O que se tem é mandado de busca de drogas, que não traz implícita ordem de apreensão de arquivos de dados e seu acesso. 3) Agravo regimental provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos, cassando os atos de natureza decisória das instâncias de origem, a fim de que se realize novo julgamento. (AgRg no HC 542.940/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, Dje 10/03/2020)

104. Mil Novecentos e Oitenta e Quatro, romance distópico do escritor britânico George Orwell.

de futebol e nas alfândegas, está presente na disponibilização antecipada de material genético (Lei nº 12.037/2009, art. 5º-A), na gestão da tropa policial por mapeamento digital de ocorrências criminais... É a vida crescente e involuntariamente publicizada.

No processo, também a tecnologia revoluciona. A pandemia forçou o isolamento pessoal e a interação virtual: vivemos a realidade do “home office”, do processo integralmente eletrônico, de sessões “online”, sustentações orais gravadas ou à distância e atendimentos por chamadas (de voz ou com imagem). Mecaniza-se o procedimento, reduz-se o sentimento.

A partir desse momento extraordinário, no qual a falta de alternativas torna quase incontroversa a necessidade do trabalho no lar, da não postergação de justiça pelos julgamentos remotos, muito se há de pensar sobre a continuidade dessas medidas. Não há como negar a crescente capacidade dos contatos virtuais desenvolverem também emoções, de permitirem a aferição e repetição de detalhes invisíveis ao contato pessoal (com aproximação e repetição de imagens...), mas não há sentimento igual ao olho no olho, à pele na pele.

A realização dos atos judiciais remotamente reduz custos e facilita a produtividade, mas perde na emoção, imprescindível a momentos marcantes do processo, como na prisão, no interrogatório e no julgamento. Não há como substituir-se o dia do acusado na Corte, frente a seu juiz, pelo dia do acusado frente à tela do computador...

Como tendência, mecanizam-se também processos e decisões: o copiar/colar acontece em petições e também em decisões judiciais, com aproveitamento de decisórios passados, de outras instâncias ou mesmo de um parecer ministerial. As decisões mais e mais se padronizam, com riscos da perda dos detalhes de provas e razões em cada diferente processo. Súmulas e enunciados repetitivos padronizam até o que não é igual, a exigir casuística distinção¹⁰⁵, limitam recursos e podem dificultar a própria realização da justiça.

A modernização na persecução criminal é imprescindível, mas o meio eficiente não pode significar elisão das garantias.

105. Exemplificativamente, logo após aprovada a Súmula 599/STJ (O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017), a 6ª Turma aplicou esse princípio a “a um crime contra a administração pública com base nas peculiaridades do caso: o réu era primário, com mais de 80 anos, e o dano causado teria um custo de cerca de R\$ 20.” <https://www.conjur.com.br/2018-set-02/stj-aplica-principio-insignificancia-crime-administracao> Acesso em 01Jun2020.

3. O CONFLITO EM DEMOCRACIA DE DESIGUALDADES.

A pandemia da COVID-19 surpreende pela gravidade da doença e, especialmente em nosso país, pela evolução dos conflitos – pessoais e institucionais.

A teoria da mediação há muito esclarece que conflito é diferença, é a reação ao diferente agir, ao diferente pensar, como chance de amadurecimento, de aprimoramento e evolução – pessoal e coletiva.

É a moderna teoria do conflito, admitindo que sendo ele inevitável a todas relações humanas, não pode ser tido como necessariamente negativo, mas por meio de um exame neutro ser admitido como a mera constatação das diferenças entre opiniões ou interesses. Pode, assim, o conflito ser usado como algo benéfico, para a compreensão e admissão das diferenças, para o progresso: “Todo polimento é feito por atrito. Pegamos a música do violino por atrito e saímos do estado selvagem quando descobrimos o fogo por atrito” (FOLLET, 2003).

Essa é reflexão necessária em momento social de confronto de poderes, de invasões de competência, de intolerância pessoal e funcional. É preciso lembrar nossos mandamentos fundamentais de vida, a tolerância e compreensão do outro, a admissão de que somos sociedade e evoluímos justamente por nossas diferenças.

Se normalmente já é tormentosa a concretização de nossa democracia participativa e republicana, fundada na liberdade e igualdade entre os cidadãos, pelas dificuldades de serem ouvidas as vozes das minorias, pelo formato de eleições dos mais visíveis (ainda que com forte apoio em custosa propaganda), pela precária prestação de contas dos mandatários do poder, em momento de pandemia a igualdade – mesmo formal – tende a desaparecer, a representatividade esmaece ainda mais.

Embora presente expressamente em nossa Carta Magna a liberdade do mercado, já nosso preâmbulo torna clara a opção pela democracia republicana de Habermas (1993), voltada à promoção dos direitos sociais, em uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social¹⁰⁶.

106. PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A divisão de competências é repartição de trabalho, mas também é definição de limites e de necessários controles a que todos agentes se encontram vinculados. Ninguém é maior do que sistema constitucionalmente estruturado de gestão pública; nem pode ser.

Se a tendência ao abuso é natural ao ser humano¹⁰⁷, precisamos todos de contenção.

Nossa realidade nesses tempos de pandemia é repleta de exemplos preocupantes. O Judiciário decide monocraticamente questões de soberania nacional e intervém na execução de políticas públicas, sem conhecer orçamento ou parâmetros técnicos – mesmo assistido por peritos, jamais o juiz terá o alcance de conhecimento do gestor especialista. O Legislativo demora na função condutora da sociedade, com exagerado cuidado a prejuízos eleitorais, preocupando-se em excesso com controvérsias internas do poder (poder pelo poder) e relutando na plena fiscalização do Executivo. O Executivo prefere o isolamento da gestão e o confronto para demonstração de sua prevalência funcional¹⁰⁸.

A sociedade replica essas condutas. Juízes do Brasil cautelarmente, e até sem ouvida da parte contrária, determinam a paralização de relevantes serviços públicos, determinam a concessão de medicamentos experimentais e gerem o funcionamento de atividades na pandemia. Gestores decidem medidas terapêuticas sem fundamentação científica e sem uniformização. Os homens não aceitam as diferenças.

É triste constatar que pessoas de todas origens e pensamentos se igualam na intolerância. Agridem, literalmente, o diferente, mesmo numa sociedade que se proclama constitucionalmente “fraterna”, “fundada na harmonia social”. Admitir o diferente pensar e o diferente agir é princípio de existência social – mesmo porque ninguém é igual.

107. O poder tem a tendência a se corromper e o absoluto poder corrompe absolutamente... Meu dogma é a geral maldade dos homens portadores de autoridade; são os que mais se corrompem. (Lord Acton, 1843-1902)

108. Tratando do Presidente Donald Trump, a análise feita por Levitsky e Ziblatt é válida para nossa realidade brasileira: Enquanto negócios familiares e esquadrões de exércitos podem ser governados por ordens, democracias exigem negociações, compromissos e concessões. Reverses são inevitáveis, vitórias são sempre parciais. Iniciativas presidenciais podem morrer no Congresso ou ser bloqueadas por Tribunais. Todos os políticos se veem frustrados por essas restrições, mas os democráticos sabem que têm de aceitá-las. Eles são capazes de vencer a torrente constante de críticas. Para os outsiders, porém, sobretudo aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é com frequência considerada insuportavelmente frustrante. Para eles, freios e contrapesos são vistos como uma camisa de força. Como o presidente Fujimori, que não tinha estômago para a ideia de ter de almoçar com líderes do Senado toda vez que quisesse aprovar uma lei, os aspirantes a autoritários têm pouca paciência com o dia a dia da política da democracia. E, como Fujimori, querem se libertar. (LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel, Pg. 80)

Na Justiça, não somente se ataca o diferente, como se forma dele compreensão apenas pelo interesse nos resultados – e, de novo, isso não se dá apenas com pessoas que pouco compreendem o sistema constitucional de competências¹⁰⁹.

Mesmo entre juristas, muitos defendem o ativismo judicial no casamento homoafetivo, mas o criticam na criminalização da homofobia; elogiam a rapidez da decisão democrática que lhe dá a vitória processual, mas repudiam esse formato apenas na hipótese denegatória. Justiça exige segurança de procedimentos e seu resultado não é por si mostra de qualidade ou defeitos do julgador.

A crítica social e inclusive ao Judiciário é necessária. Não se alteram compreensões jurídicas por reclamos do momento, mas o repensar coletivo estável deve influenciar também a definição do Justo. Seja a crítica provida de mandatários do poder, seja por movimentos sociais espontâneos, é sempre louvável exercício de preocupação por melhorias sociais.

Menos válida, porém, é a pessoalização ofensiva a quem cumpre o dever de julgar. Quando um dignitário diz que o Ministro é um abusador, o investigado se vê com igual direito de ofender e de não acatar a decisão judicial; se a qualidade do juiz é medida pelo resultado a mim benéfico de sua decisão, a ele admiro hoje e detesto amanhã. A validade e necessidade da crítica a todos agentes do poder, não se confunde com a realização de ofensas, prejudiciais à harmonia e ao exercício pleno das funções públicas.

Se o abuso é natural a todo poder humano, limites e controles são imprescindíveis a todos – pessoas e instituições. Os poderes Judicial, Legislativo e Executivo não possuem apenas competências formais, mas áreas específicas de atuação, sujeitas a controle interno e externo, que em nada lhes diminui

109. Ainda de Levitsky e Ziblatt: Para melhor compreender como autocratas eleitos minam sutilmente as instituições, é útil imaginarmos uma partida de futebol. Para consolidar o poder, autoritários potenciais têm de capturar o árbitro, tirar da partida pelo menos algumas das estrelas do time adversário e reescrever as regras do jogo em seu benefício, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra seus oponentes.

É sempre bom ter os árbitros do seu lado. Estados modernos possuem várias agências com autoridade para investigar e punir delitos tanto de funcionários ou mandatários públicos como de cidadãos comuns. Entre elas figuram o sistema judiciário, os órgãos de imposição da lei, os serviços de inteligência e as agências reguladoras e tributárias. Em democracias, essas instituições são destinadas a servir como árbitros neutros. Para autoritários potenciais, as instituições judiciárias e policiais representam, assim, tanto um desafio quanto uma oportunidade. Se elas permanecem independentes, tem a capacidade de denunciar e punir abusos governamentais. Este é o trabalho do árbitro, impedir fraudes. Não obstante, se controladas por sectários, essas instituições podem servir aos objetivos do aspirante a ditador, protegendo o governo de investigações e processos criminais que possam levar ao seu afastamento do poder. O presidente pode infringir a lei, ameaçar direitos civis e até violar a Constituição sem ter que se preocupar [...] (LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. Pg. 81)

– ao contrário, a todos eleva como sistema estruturado de competências da gestão do poder nacional.

Já sendo admitida como difícil a harmonia entre Poderes, entre instituições e mesmo entre pessoas da elite – intelectual e social –, ainda mais complexa é a democracia para os necessitados sociais.

A coculpabilidade proposta por Zaffaroni¹¹⁰, como coparticipação estatal na responsabilização por crimes quando deixa de permitir iguais condições sociais entre os cidadãos, induzindo os menos favorecidos à prática de crimes, se torna especialmente preocupante em nossos dias. Na pandemia o “fique em casa” é morte por fome a quem vive do pão ganho a cada dia, que mesmo com comércios reabertos sente a redução da população compradora, que mesmo com auxílio emergencial tem dificuldades para obtê-lo. É a proteção, sem novidades, à elite.

Ainda pior é a situação dos apenados. A acumulação de pessoas em pequeno espaço, as dificuldades de higiene e de tratamento médico, tornam o ambiente prisional local de grande risco de contaminação e de precárias condições de tratamento. Há recomendação de cautela e flexibilização do Conselho Nacional de Justiça¹¹¹, os gestores do sistema carcerário têm procurado isolar contaminados e tratar doentes, as decisões judiciais afastam das prisões condenados admitidos como de menor risco social¹¹², mas ainda

110. “Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.” Zaffaroni e Pierangelli (p. 545, 2019)

111. RECOMENDAÇÃO No 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo Coronavírus – COVID-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

112. Excepcionalmente até de modo coletivo, como no HC 575.495/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Jr, julgado 06Jun20: | 4. A revogação dos benefícios concedidos aos reeducandos elencados na petição inicial configura flagrante ilegalidade, sobretudo diante do recrudescimento da situação em que estavam na execução da pena, todos em regime semiaberto, evoluídos à condição menos rigorosa, trabalhando e já em contato com a sociedade. | 5. Diversos Juízos da Execução Penal de comarcas mineiras adotaram medidas preventivas de combate à pandemia da COVID-19 extremamente restritivas, as quais não levaram em conta os princípios norteadores da execução penal (legalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana), bem como a finalidade da sanção penal de reinserção dos condenados ao convívio social. | 6. A suspensão do exercício do trabalho externo aos reeducandos do regime semiaberto trouxe uma degradação à situação vivida

é enorme a quantidade de presos confinados em precárias condições para o enfrentamento da COVID-19.

Nessa crise de tolerância, a mídia informa e conforma a opinião popular. De mídias interessadas – e quais (por critérios publicitários ou ideológicos) não seriam? – a maiorias inventadas (até por “robôs” nas redes sociais), as pessoas registram o diferente como inimigo, reproduzem a desinformação e proliferam o ódio.

Se não é simples às instituições do poder admitir limites e aceitar controles, se as pessoas odeiam o diferente pensar, se as mídias sociais acabam por replicar e fazer crescer o isolamento – e não pela pandemia – há de existir saída, há de existir esperança.

4. A ESPERANÇA

A fé no futuro é a motivação da humanidade.

Desde as ações do homem isolado aos movimentos coletivos em sociedade, a esperança nos une em ideais. Se o otimismo é a convicção do resultado positivo, a esperança é admiti-lo mesmo quando improvável. Não é racional, não é tampouco idealismo sonhador, é a felicidade por simples perspectiva.

Em tempos de pandemia e conflito, é preciso renovar esperanças na força e harmonia das instituições, na tolerância entre as pessoas. Esperança em que

por esses custodiados, que diariamente saíam do estabelecimento prisional para trabalhar, mas, agora, foram obrigados a nele permanecer em tempo integral, o que manifestamente representa uma alteração na situação carcerária de cada um dos atingidos pela medida de extrema restrição. | 7. O recrudescimento da situação prisional somente é admitido em nosso ordenamento jurídico como forma de penalidade, em razão de cometimento de falta disciplinar, cuja imposição definitiva exige prévio procedimento disciplinar, com observância dos princípios constitucionais, sobretudo da ampla defesa e do contraditório. | 8. É preciso dar imediato cumprimento à citada recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo referido coronavírus (COVID-19), notadamente o disposto no inc. III do art. 5º da citada Resolução n. 62/CNJ, que dispõe sobre a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução. | 9. Ordem concedida para impor o regime domiciliar, especificamente aos reeducandos do sistema prisional do Estado de Minas Gerais que cumprem pena em regime semiaberto e aberto, que tiveram suspenso o exercício do trabalho externo, como medida preventiva de combate à pandemia, desde que não ostentem procedimento de apuração de falta grave. A ordem deve ser implementada pelos Juízos de Execuções de cada comarca de Minas Gerais, que deverão fixar as condições do regime domiciliar, considerando a ressalva aqui definida, bem como a situação daqueles que têm contrato de trabalho vigente, de modo a permitir-lhes a sua continuidade. Ficam ratificadas as medidas liminares deferidas nos autos. Deferido o pedido de extensão constante da Petição de n. 268.094/2020, apresentado pela Defensoria Pública do Distrito Federal, em virtude da comprovação da similitude fático-jurídica com o caso do sistema prisional ora julgado, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Parecer ministerial acolhido.

se cumpram os mandamentos constitucionais de limites e controles institucionais, esperança na sociedade fraterna e harmoniosa. Esperança no homem.

Em interessante motivação, Peter Susemihl, relata uma história vinda da América do Norte:

Uma noite, o velho índio Cherokee contava ao seu neto sobre a luta que acontece dentro das pessoas.

“A luta é entre dois lobos dentro de nós”.

“Um é mau: raiva, inveja, arrependimento, ganância, arrogância, autocomiseração, culpa, ressentimento, inferioridade, mentira, falso orgulho, superioridade e ego”.

“O outro é bom: alegria, paz, amor, esperança, serenidade, humildade, bondade, benevolência, empatia, generosidade, verdade, compaixão e fé”.

O neto pensou por um minuto, e então perguntou: “Que lobo ganha”?

O velho índio simplesmente respondeu: “Aquele que você alimentar”.

Entre tantos princípios constitucionais a serem neste momento lembrados para a melhoria da sociedade, talvez um único, uniformizador, baste: humanismo. É o homem perceber-se e aos demais como iguais em dignidade e opções de vida, é o juiz admitir seu erro, passível de reforma recursal, é o legislador cumprindo em plenitude o mandato cívico recebido, é o executivo instrumentalizando impessoalizadamente a concreção do bem comum.

Sonho? Esperança.

5. CONCLUSÕES

A pandemia serviu como momento de um repensar universal humano. Nos afastamos do vizinho, mas nos aproximamos do mundo na tecnologia; nos distanciamos pelo trabalho e entretenimento “online”, mas talvez nunca tenhamos nos aproximado tanto daqueles com que coabitamos. Nos preocupamos em sobreviver, mas sentimos a dor de outros que sequer possuem a opção de isolamento....

O direito penal atende a reclamos sociais de justiça urgente, numa sociedade imediatista que prefere o culpado já a um processo garantidor da demonstração de culpa, dentro de um movimento legislativo crescente de tipos penais incertos.

Ante crimes cada vez mais complexos, a especialização persecutória também se desenvolve e meios probatórios crescentemente mais invasivos e danosos proliferam: os limites iniciais são afastados, a obrigação investigatória e o ônus probatório estatal arrefecem, as vidas das pessoas são publicizadas.

A democracia participativa republicana sofre ainda mais em representação na falta de oportunidades sociais, alguns menos iguais do que outros, alguns mais podendo interferir nos caminhos da gestão política e criminal.

Vivemos momento de grande confronto entre as instituições de poder e de incomparável inadmissão social das diferenças de opinião.

Se o abuso é natural a todo poder humano, limites e controles são imprescindíveis a todos – pessoas e instituições. Os poderes Judicial, Legislativo e Executivo não possuem apenas competências formais, mas áreas específicas de atuação, sujeitas a controle interno e externo, que em nada lhes diminui – ao contrário, a todos eleva como sistema estruturado de competências da gestão do poder nacional.

A responsabilidade cívica é imprescindível como dever de agir da função: todos agentes públicos limitados na lei, mas cumprindo-a à inteireza, tendo o bem público como permanente propósito.

É momento de esperança baseada na humanidade, concretizando a sociedade constitucionalmente idealizada como fraterna e harmônica. As diferenças de pensar e agir apenas nos identificam, não nos afastam.

Em tempos de pandemia, seja o isolamento social o único admitido, não o isolamento de compreensões, de tolerância e da boa vontade.

REFERÊNCIAS

FOLLETT, M. P. Mary Parker Follett prophet of management. 2003: Beard Books.

HABERMAS, Jürgen. “Três modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”. **El ojo del Huracan** 4, 1993.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradutor: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar editora.

SUSEMIHL, Peter J. **Mediação de Conflitos: buscando a diferença entre ter razão e ser feliz**. <http://ecosocial.com.br/desenvolvimento-de-grupos/noticia/mediacao-de-conflitos-buscando-a-diferenca-entre-ter-razao-e-ser-feliz> Acesso em 04Jun20.

ZAFFARONI, Eugenio Raul.; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

O DIREITO DE SER INFORMADO: PRESSUPOSTO AO PLENO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA¹¹³

ISABELA MEDEIROS GURGEL DE FARIA¹¹⁴

1. INTRODUÇÃO

A manifestação do pensamento de forma pública teve origem na Idade Antiga, tempo em que, na cidade grega de Atenas, os homens livres podiam debater amplamente nas assembleias, constituindo uma democracia que serviu de exemplo para muitas outras. A porcentagem da população que podia se expressar dessa forma, no entanto, era ínfima. Por outro lado, houve períodos na história, especialmente em regimes ditatoriais, em que só eram permitidas manifestações que convergissem com a ideia do governo – caso contrário, haveria censura e perseguição.

Nem sempre os indivíduos tiveram sua liberdade assegurada pelo Estado – foi somente na Idade Contemporânea que os direitos humanos foram finalmente positivados. E, mesmo já na atualidade, há períodos em que a escolha da maioria, em um regime “democrático”, é não garantir liberdade para grupos minoritários, como ocorreu na Alemanha nazista.

113. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito Tributário na UFRN, atualmente em colaboração com a Universidade de Brasília (UnB), e no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi Professor Visitante dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Membro da Academia Norte-rio-grandense de Letras (ANLR), da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN) e do Instituto Potiguar de Direito Tributário (IPDT). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

114. Acadêmica de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Foi estagiária em Gabinete de Ministro no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Estagiária em Gabinete de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF).

Este trabalho tem como desiderato entender como a liberdade de expressão e o direito de ser informado são condições para o exercício da dignidade da pessoa humana. Para tanto, pretende-se abordar o surgimento das Constituições como instrumento de garantia de direitos fundamentais, além de, em tópico seguinte, expor o princípio da dignidade como chave para o exercício de direitos. Após, conceituam-se as liberdades de expressão, de ser informado e de imprensa, esclarecendo-se que são pressupostos para que o indivíduo possa fazer escolhas conscientes. Por fim, explicitam-se limites das liberdades, a fim de que a norma suprema de um país seja integralmente observada.

2. DO ABSOLUTISMO AO ESTADO DE DIREITO

Não é possível perceber a importância do Estado de Direito sem antes entender o caminho traçado até ele durante a Idade Moderna, período que, iniciado em 1453 e encerrado em 1789, foi marcado pela formação dos Estados modernos.

À época, os Estados se caracterizavam principalmente pela centralização do poder político nas mãos de um único soberano, que poderia julgar, administrar e criar normas sem nenhum tipo de restrição – afinal, ele era a personificação da vontade do Estado, não podendo ser responsabilizado por nenhum excesso. Além de não sofrer nenhuma limitação interna, já que era o próprio criador da ordem jurídica, essa autoridade tampouco sofria controle externo, visto ser o Estado soberano.

Na Idade Moderna se revelavam, nesse contexto, excesso de direitos e total ausência de deveres do Estado perante seus súditos. Estes, submetidos à ordem jurídica, estavam sujeitos a inúmeras obrigações, mas, sem nenhuma segurança ou garantia, não tinham direitos fundamentais assegurados¹¹⁵, o que fazia com que vivessem a depender da sorte.

Foi nesse cenário, de miséria e injustiças, que surgiu a doutrina liberal, a qual contestou o regime absolutista, o poder e a ausência de limites do soberano. A população, tendo percebido a falta de reciprocidade entre soberano e súditos, revoltou-se, exigindo que o Estado tivesse pela primeira vez deveres perante os cidadãos, assegurando a estes direitos fundamentais.

O foco do movimento foi o individualismo e a necessidade de o povo ser livre, tanto política quanto economicamente. O slogan liberalista *laissez faire, laissez passer* pregava a independência da vontade das pessoas em relação ao Estado,

115. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, pp. 34-37.

o qual deveria interferir o mínimo possível na vida dos cidadãos. Assim, a ideia era a de que o governo não teria fim próprio – seu objetivo coincidiria com os múltiplos objetivos dos indivíduos.¹¹⁶ Dessa forma, seria o povo que daria legitimidade ao Estado, o qual, servindo àquele, surgiria apenas para organizar as relações interpessoais.

Essas ideias impulsionaram duas grandes revoluções: a americana, iniciada em 1775, e a francesa, de 1789. Esta, com seu ideal de liberdade, igualdade e fraternidade¹¹⁷, marcou a transição para a Idade Contemporânea, época em que, após a queda da monarquia, buscaram-se meios para atender aos anseios dos indivíduos e, finalmente, organizar o Estado¹¹⁸. No mesmo ano de 1789, foi aprovada e votada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que previu, em sua cláusula XVI, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”¹¹⁹.

Dessa forma, surgiu um documento que passou a assegurar os valores mais caros à existência humana, tornando-se norma suprema do ordenamento jurídico, e inaugurou o Estado de Direito. Com força vinculativa máxima, todas as Constituições deveriam limitar o poder estatal e garantir direitos fundamentais aos cidadãos.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A DIGNIDADE AO CONJUGAR CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O objetivo da doutrina liberal, devidamente alcançado com o surgimento do Estado de Direito na Idade Contemporânea, era assegurar direitos humanos aos indivíduos. Os direitos reivindicados, que, de início, com bases jusnaturalistas, contavam com índole filosófica e vocação universalista de respeito a

116. MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 23.

117. O princípio da fraternidade não pertence apenas à moral e à religião. Reynaldo Soares da Fonseca (*O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 45 e 92) define-o, assim como liberdade e igualdade, como categoria jurídica que surge no Brasil diretamente da Constituição. Esta, logo em seu preâmbulo, institui um Estado Democrático destinado a assegurar diversos valores supremos de uma “sociedade fraterna”. Dessa forma, é uma exigência constitucional observar o princípio da fraternidade, o que ocorre, por exemplo, quando direitos humanos são respeitados e quando se rechaça qualquer forma de preconceito.

118. FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A intervenção estatal sobre a economia e a crise de 2008. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. *Direito constitucional – os desafios contemporâneos: uma homenagem ao professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 472.

119. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada em 26 de agosto de 1789 e votada definitivamente em 2 de outubro daquele ano. Seu texto está disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>>. Acesso em 4 jun. 2020.

seres humanos, aos poucos foram sendo positivados, tornando-se direitos fundamentais. Estes, vigentes em uma ordem jurídica concreta, garantidos e limitados no tempo e no espaço, são assegurados à medida que o Estado os consagra¹²⁰.

A importância dessas garantias é evidenciada pelas tantas reivindicações em que foram requeridas como necessárias à realização e até mesmo à sobrevivência dos indivíduos, sendo, portanto, a razão de existir dos Estados, que deveriam protegê-los. Então, após a criação do Estado de Direito, era preciso que, além de formalmente, fossem materialmente asseguradas, isto é, todos os poderes, sem exceção, sob pena de perder sua legitimidade, deveriam buscar dar máxima eficácia a todos os direitos fundamentais.

A atuação estatal deve ser sempre pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vértice do sistema de direitos fundamentais e condição de existência de um Estado Democrático de Direito¹²¹. Logo, é conforme a noção de dignidade que os poderes devem exercer suas atividades, velando pela solução que dê a maior proteção possível aos seres humanos. Para isso, deve-se assegurar o necessário para que os cidadãos gozem de uma vida digna e feliz, com capacidade plena de viver o presente e de conceber o futuro de forma livre¹²².

Nessa linha, o Poder Legislativo, que tem como função criar normas infra-constitucionais, deve, com respeito à Lei Maior, instituir leis que procurem dar eficácia e concretizar direitos fundamentais, além de, se permitido e necessário, restringi-los. O Poder Judiciário, por sua vez, tem como sua essência velar pelos direitos fundamentais, devendo a eles estrita obediência. Por fim, o Poder Executivo, em todas as suas atividades, vincula-se a eles, cumprindo e defendendo o que é posto pela Constituição e se recusando a dar execução a qualquer ato a ela contrário¹²³.

Todos os atos dos poderes públicos, desse modo, devem ter como base assegurar direitos aos indivíduos, afinal, o Estado surge justamente com o intuito de tutelar as relações interpessoais, protegendo os cidadãos. É dever de todos os poderes, sem exceção, vincular-se a esses direitos, posicionando-se tanto de forma ativa, de modo a assegurar o essencial a uma vida digna e

120. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 147.

121. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 267.

122. ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 11.

123. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. *Revista de Direito do Consumidor*. RDC, v. 22, n. 90, nov./dez. 2013, pp. 16-18.

repelir agressões a direitos propiciadas por terceiros, quanto de forma negativa, isto é, abstendo-se de interferir em direitos dos cidadãos como propriedade, privacidade e liberdade.

A fim de que a dignidade seja garantida a todos de forma igualitária, todavia, não basta que o constitucionalismo, limitando poderes, atue de forma isolada. É preciso que a população, como um todo, exercite seu poder de escolha participando da formação da ordem jurídica que vai a ela impor deveres. Atualmente, com o intenso aumento da população mundial, é impossível que toda atuação popular se dê de forma direta, o que exigiu que fosse instituído um modelo representativo: os cidadãos são representados por um corpo de pessoas, eleitas pela maioria, que reflete suas vontades.

Desse modo, ao lado do constitucionalismo, a democracia é condição de eficácia do princípio da dignidade. Devido à relevância a ela dada, o Poder Legislativo, que cria as leis e reflete a vontade popular, foi, por muitos anos, considerado o mais importante dos poderes, tempo em que a lei, expressão da vontade popular, era considerada mais importante que a Constituição. Essa realidade só foi modificada após a Segunda Guerra Mundial, quando as experiências fascista e nazista mostraram que maiorias políticas podem acumpliciar-se com a barbárie e estabelecer regimes de opressão¹²⁴, indo contra qualquer ideia de dignidade humana.

A grande preocupação no mundo, em meados do século XX, era como conciliar democracia, relacionada à soberania popular e governo da maioria, com constitucionalismo, por sua vez ligado às ideias de separação de poderes e garantia de direitos fundamentais. Somente conjugando ambos seria possível permitir o pleno exercício da dignidade.

Surgiu, então, um novo conceito de democracia: além de uma dimensão numérica, de maior quantidade de votos, e de outra deliberativa, de debate público, deveria haver uma dimensão substantiva, de preservação de valores e direitos fundamentais¹²⁵. Os dois conceitos, juntos, poderiam repudiar, de maneira efetiva, atrocidades praticadas contra minorias por maiorias e permitir, de maneira igualitária, direitos.

Nesse contexto, o pós-guerra foi marcado pela centralidade da Constituição em relação às leis, que deviam, agora de forma prática, e não apenas teórica,

124. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

125. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, pp. 25 e 29.

obediência a ela. Com esse fenômeno, nomeado neoconstitucionalismo¹²⁶, houve a releitura de toda a ordem jurídica com fundamento nos valores constitucionais, que deveriam nortear o exercício da democracia.

Outro aspecto não menos importante, pressuposto do pleno exercício tanto da democracia quanto do constitucionalismo, é essencial para que seja garantida a dignidade da pessoa humana: a liberdade. O indivíduo deve conceber seus próprios desígnios, decidir seus propósitos, qual projeto de vida pretende construir e quais consequências está disposto a sofrer de forma independente e autônoma. Para isso, deve ter consciência de seus atos de forma completa, sendo autor de sua própria vida e de sua identidade, tido como um fim em si mesmo¹²⁷.

Condição para que isso aconteça é que ele seja bem informado a respeito das alternativas de ações de que dispõe, a fim de que tenha consciência das opções de decisão. É a informação recebida que qualifica o indivíduo, permite seu desenvolvimento, suas escolhas e a fruição de seus demais direitos de forma plena; só assim torna-se de fato livre e apto a buscar sua autorrealização.

É também a informação que deve orientar os seres humanos no sentido de que sua liberdade não é absoluta: como aqui já mencionado, a liberdade incondicionada pode resultar em barbaridade. Nessa perspectiva, liberdade é um dos pressupostos da dignidade humana, assim como diversos outros direitos assegurados na Constituição que devem ser igualmente observados.

O direito de ser informado de forma plural, destarte, é o que garante ao indivíduo participar de uma democracia saudável, em que a norma suprema seja observada de forma integral.

4. O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA

4.1 O CONCEITO DE LIBERDADE E O DIREITO DE SER INFORMADO

Liberdade e democracia são consideradas um binômio indissolúvel¹²⁸, visto que só quando se tem liberdade pode-se participar da tomada de decisões na sociedade e é esta, por sua vez, que assegura ou não o respeito à liberdade.

126. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

127. ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 11 e 12.

128. DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., 2006, p. 12.

Entender o que é liberdade, no entanto, não é tarefa fácil. Alexy entende que seu conceito é um dos mais fundamentais e menos claros dentro do direito, o que faz com que as pessoas considerem que quase tudo o que é bom ou desejável esteja associado à liberdade, ideia que conduz a uma extensa filosofia jurídica, social e moral¹²⁹.

Também manifestando-se segundo a ideia de que seu significado é bastante obscuro na doutrina, Canotilho a define separando-a em “liberdade” e “liberdades”. Enquanto aquela seria o direito à liberdade de movimento, de não ser detido ou aprisionado, estas são posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, que exigem ações alheias negativas¹³⁰. Abrangem, dessa maneira, as liberdades de consciência, religião e culto, de criação cultural, de associação e, de forma bastante especial, as liberdades de expressão e informação.

São essas últimas que permitem que a democracia, que tem como bases diálogo e debate, exista. A liberdade de expressão compreende a comunicação de pensamentos, ideias, informações e críticas, de maneira verbal e não verbal¹³¹. Na Constituição Federal, é assegurada nos arts. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, e 22º.

A liberdade de expressão é gênero de duas espécies: a liberdade de expressão em sentido estrito, que se refere a quaisquer ideias e opiniões, e a liberdade de informação, extremamente relevante na esfera pública, por formar a opinião das pessoas em geral, devendo, por isso, haver intenso compromisso com a verdade¹³². Nessa linha, a liberdade de informação, ampla, abrange o direito de ser informado, isto é, informar-se de maneira integral e correta¹³³.

Há, ademais, um terceiro conceito: a liberdade de imprensa, que abrange a liberdade de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação, referindo-se aos meios de comunicação em geral¹³⁴.

Com base nas ideias das liberdades de informação e de imprensa, os cidadãos têm acesso de forma ampla às informações públicas, o que é garantido, no âmbito da administração pública, pelos princípios da publicidade e da

129. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 218.

130. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 538 e 539.

131. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 267.

132. FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, p. 641.

133. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 731-732.

134. FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, p. 641.

transparência. Esse direito não alcança apenas a esfera pública mas também a privada, em que se emitem opiniões, ideias, conceitos e ideologias.

Quando o cidadão apresenta conhecimento sobre o que acontece no âmbito público e entende as necessidades presentes na esfera privada, sua condição de participar da tomada de decisões do Estado é intensificada de forma significativa. Por conseguinte, é dever estatal velar pelos direitos à informação e pela liberdade de imprensa, a fim de que a democracia exista de forma plena.

4.2 A LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CONDIÇÃO À DIGNIDADE

Não há pessoas nem sociedades livres se o Estado não se dispuser a garantir as liberdades de expressão e de informação. Estas são direitos inalienáveis do povo, que tem direito de buscar, receber, expressar e divulgar informações por meio de qualquer veículo. É a livre circulação de ideias que permite a indagação, o questionamento, a divergência, o debate, o diálogo e o confronto¹³⁵, sendo, por isso, o pluralismo de opiniões imprescindível para a formação da vontade livre.

Por esse motivo, a população deve ser informada sobre tudo o que acontece no país e no mundo, tornando-a sintonizada com o que a rodeia; só dessa forma é possível desenvolver toda a potencialidade da personalidade¹³⁶, para que sejam tomadas decisões conscientes nos âmbitos privado e público, conforme as exigências da comunidade. Como a opinião dos indivíduos é formada em grande parte devido ao contato com o mundo externo, privá-los do direito de ser informado de forma integral e devida é privá-los de seu próprio direito à liberdade de se expressar.

A difusão da informação na atualidade foi intensificada com as revoluções tecnológicas, que permitem imenso e instantâneo fluxo de informações¹³⁷. A agilidade fez com que a mídia se tornasse o mais importante meio de comunicação, já que, ao permitir repercussões política, econômica, social e cultural de uma forma nunca antes imaginada, é fonte de formação de opinião pública da mais alta relevância.

Para que o indivíduo forme suas convicções de maneira independente, é essencial que as informações difundidas sejam plurais. É a pluralidade dos

135. DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., 2006, p. 13.

136. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279.

137. FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, p. 640.

meios de comunicação e dos pontos de vista externados, conjugada à veracidade e à correção do que é transmitido¹³⁸, que permite que os seres julguem e formem suas próprias opiniões.

Por esse motivo, imprensa livre é condição para que uma sociedade projete sua liberdade e consiga resolver seus conflitos da melhor forma possível, sendo a defesa da liberdade de imprensa um trabalho em favor da sociedade que contribui para o fortalecimento das instituições democráticas. Então, tentativas de controle ou regulamentação coercitiva conduzem não somente a limitações aos meios de comunicação, como também a todos cidadãos, que devem ser informados para exercer seu direito de escolha de forma plena¹³⁹.

A elaboração da Constituição da República deu-se nessa mesma diretriz. O seu artigo 220, ao tutelar a comunicação social, veda qualquer restrição ou embaraços legais a manifestações do pensamento, à criação, à expressão e à informação. É dever de todos, portanto, defender a liberdade de informação e de imprensa; caso o contrário se estabeleça, a democracia e a Constituição perdem força e eficácia.

Para haver liberdade de expressão, duas condições devem ser observadas. Uma delas é a de que as liberdades de informação e de imprensa devem ser livres de qualquer censura dos três poderes do Estado, visto que restrições põem em risco a democracia, regime de autogoverno dos cidadãos, de amplo debate e possibilidade de exposição¹⁴⁰. A outra é a de que a liberdade seja exercida conforme os limites estabelecidos na Constituição: esta, que estabelece outros direitos extremamente importantes¹⁴¹, deve ser interpretada como uma unidade, razão pela qual se deve procurar harmonizar direitos postos em embate, dando efetividade a ela como um todo.

É com base nesse entendimento que, independentemente da conjuntura, a solução a ser adotada deve ser a que permita maior proteção à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, há casos em que a liberdade de expressão de um indivíduo pode colidir com direitos da personalidade de outrem, devendo

138. PAPA, Anna. O direito de ser informado no âmbito da proteção, o multinível da liberdade de expressão. Tradução: Dionis Mauri Penning Blank, *Direitos Fundamentais e Justiça*: DFJ, Belo Horizonte, v. 13, n. 41, jul./dez. 2019 p. 108.

139. DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., 2006, p. 15.

140. VINCENZI, Brunela Vieira de. A nossa democracia depende da liberdade de imprensa? Sujeitos diferentes, direitos diferentes e impossibilidade de sopesamento de valores. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 62, n. 437, mar. 2014, p. 18.

141. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Lei da Mordaza e direito de informação: mídia e justiça. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, p. 135.

esses dois valores serem ponderados conforme o princípio da razoabilidade para que apenas um prevaleça no caso concreto, sem que, no entanto, o outro deixe de existir¹⁴². Assim, dá-se a maior eficácia possível ao estabelecido na norma suprema, a fim de que, sem a liberdade de um cidadão interferindo na do outro, ambos tenham sua dignidade assegurada.

Para que isso seja feito de maneira equilibrada, harmônica e democrática, o Estado deve proteger seus cidadãos e defender a Constituição. Além de um papel passivo, de não censurar os meios de comunicação, ele deve participar ativamente, incentivando a pluralidade de pontos de vista, a fim de que não haja apenas um pensamento dominante, e trabalhando para que haja em todos os casos total respeito à Lei Maior.

5. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

Todos os cidadãos devem participar da vida pública de forma consciente e autônoma, buscando respeitar a norma suprema, os direitos fundamentais lá previstos e o interesse público. Para que isso aconteça, é imprescindível, como aqui já foi posto, que as pessoas sejam informadas integralmente sobre fatos ocorridos no país. Essa informação, no entanto, deve chegar de forma responsável, de maneira que transmita os valores estabelecidos na Constituição. Existem, pois, limites à liberdade de expressão.

Um deles é a existência de direitos da personalidade, como intimidade, vida privada, honras objetiva e subjetiva, direito à imagem e sigilos legais: de dados, bancário, fiscal, eleitoral, de comunicações telefônicas, e a inviolabilidade do domicílio, por exemplo. Essa esfera dos indivíduos é tão íntima, que se interdita às demais pessoas seu conhecimento, e por isso a atividade jornalística é por eles limitada¹⁴³. Assim, a liberdade de imprensa deve prevalecer quando há interesse público envolvido, e não mera curiosidade do povo.

Foi com base nessa ideia que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 4.815/DF¹⁴⁴, entendeu que a colisão entre os direitos

142. BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre a colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Gunther. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 13 – n. 2, 2008, p. 25.

143. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Lei da Mordada e direito de informação: mídia e justiça. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, p. 133.

144. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Requerente: Associação Nacional dos Livros (ANÉL) – Interessado: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional – Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336558/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

mencionados deve ser resolvida por meio da reparação civil e do direito de resposta, visto que a autorização prévia para biografia constituiria censura antecipada. A Excelsa Corte também já decidiu, ao julgar o HC 78.426/SP¹⁴⁵, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que um critério relevante para definir o limite à liberdade de expressão do agressor e aferir a lesão à honra da vítima é o grau de exposição pública desta¹⁴⁶.

Outra limitação, especificamente relacionada com a liberdade de imprensa, é a obrigação de não distorcer a verdade, já que, como é comunicação social com conteúdo comercial, pode conduzir a uma pseudo-operação da formação de opinião¹⁴⁷. Existe, desse modo, dirigido a todos os cidadãos, sem exceção, o direito de receber informações verdadeiras: a proteção constitucional é a informações verdadeiras, não abarcando as levemente não verificadas nem as propositalmente errôneas¹⁴⁸.

Por último, deve ser claro que discurso de ódio não é liberdade de expressão. Atingir a dignidade e a integridade de outrem, promovendo discriminação, atenta contra os valores mais caros do indivíduo, não sendo abarcado pela liberdade, que apresenta limites morais e jurídicos.

A sociedade brasileira é diversa em religião, aparência, origens étnicas e condições econômico-sociais. O objetivo do Estado é justamente regular essas relações de modo a promover paz entre todos, fazendo com que possam viver de forma livre, em busca de sua autorrealização da maneira mais igualitária possível. O discurso de ódio, isto é, a tentativa de segregar ou subvalorizar determinado grupo, é uma ameaça não apenas a pessoas de forma individual, promovendo a elas hostilidade, exclusão e discriminação, mas também à paz social como bem público¹⁴⁹.

Foi com base nesse entendimento que, ao concluir que manifestações contra o povo judaico não são protegidas pela liberdade de expressão, a Suprema

145. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus* 78.426/SP – Paciente: Antônio Izzo Filho. – Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outra – Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94924/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

146. _____. Liberdade de expressão e direitos de personalidade. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-actual-liberdade-expressao-direitos-personalidade>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

147. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279.

148. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998, p. 161-162.

149. WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2012, p. 4.

Corte brasileira decidiu, no julgamento do HC 82.424/RS¹⁵⁰, que raças são construções sociais e culturais, podendo o antissemitismo ser considerado racismo, o que torna tal ilícito imprescritível. Na mesma linha, o Tribunal, ao reconhecer a omissão do Congresso Nacional por não editar leis que criminalizem atos de homofobia e transfobia, enquadrou-os, nos julgamentos da ADO 26/DF¹⁵¹ e do MI 4.733/DF¹⁵², como crime de racismo, de forma a preservar a dignidade da pessoa humana.

A atuação do Supremo Tribunal Federal é firme na preservação da liberdade de expressão conforme os limites estabelecidos pela Constituição Federal. Há importantes decisões nesse sentido, como a proferida no julgamento da ADPF 130¹⁵³, em que se reconheceu que a Lei n. 5.250/1967, conhecida como Lei da Imprensa, editada durante o regime militar, não foi recepcionada pela Carta de 1988, de modo a permitir a plenitude da liberdade de imprensa, proibindo qualquer tipo de censura prévia. Considerou-se que as liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa são bens superiores de personalidade e têm a mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

No julgamento do RE 511.961/SP¹⁵⁴, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a compreensão foi pela inconstitucionalidade de dispositivo editado durante o regime militar que exigia diploma de jornalista para que a profissão fosse exercida, de forma a prezar pela pluralidade do exercício da liberdade de imprensa.

Percebe-se, portanto, que o Poder Judiciário brasileiro, ao ponderar a liberdade de expressão e outros princípios, tende a dar maior peso, em cada

150. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus* 82.424/RS – Paciente: Siegfried Ellwanger – Impetrantes: Wener Cantalício e João Becker – Coator: Superior Tribunal de Justiça – Rel. Min. Moreira Alves – Red. do acórdão Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

151. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* 26/DF – Requerente: Partido Popular Socialista – Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal – Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em 16 jun. 2020.

152. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção* 4.733/DF – Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) – Impetrado: Congresso Nacional – Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em 16 jun. 2020.

153. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental* 130/DF – Arguinte: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional – Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020

154. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário* 511.961/SP – Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) e Ministério Público Federal – Recorridos: União, Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ) e outros – Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169452/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

caso, àquele que assegure de forma mais plena a dignidade da pessoa humana, observando o estabelecido pela norma suprema, de maneira que sua decisão não obste que a população se informe de maneira plural, sempre responsável e segura, a fim de que se formem cidadãos conscientes. É preciso que os outros poderes, de acordo com suas respectivas funções e atribuições, prezem também pelos valores caros necessários à existência dos indivíduos, sob pena de enfraquecer a democracia brasileira e tornar ineficaz a mais importante norma do país, condição de validade de todo o ordenamento jurídico.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de controle intelectual dos cidadãos, evidenciada no livro 1984, de George Orwell, podia parecer, até alguns anos atrás, mera distopia científica. Com o avanço da tecnologia, passou a ser considerada plausível, em razão da possibilidade de serem controlados dados dos indivíduos por meio da internet¹⁵⁵. Há, todavia, uma maneira ainda mais fácil de gerir sua forma de pensar: privá-los de seu direito de ser informado de modo integral e verdadeiro, censurando os meios de comunicação.

Os poderes públicos surgem em um Estado com o compromisso de primar pelo interesse público, pelo bem comum e pelos cidadãos como um todo, a fim de encontrar alternativas que permitam que a dignidade da pessoa humana seja exercida da forma mais plena possível por todos os indivíduos.

A dignidade, por sua vez, só é alcançada quando os cidadãos se tornam capazes de se autodeterminar, escolher seus projetos de vida e formar suas próprias convicções e opiniões. Isso só acontece quando todos têm consciência das alternativas de que dispõem, cientes da verdadeira realidade do país, do mundo e da população.

Dessa forma, é dever do Estado defender as liberdades de informação e de imprensa, com o propósito de assegurar a dignidade humana, só as limitando, portanto, quando a Lei Maior assim exigir. Apenas com a difusão de informações, condição para que a dignidade seja plena, é possível agir, em uma democracia, de maneira consciente e de forma a velar pela Constituição.

É por isso que todos os governos devem assegurar a circulação, de forma plural, de informações que transmitam a veracidade dos fatos, sob pena de serem considerados antidemocráticos e ilegítimos.

155. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Há um direito à autodeterminação no Brasil? In: FURTADO, Marcus Vinícius (Coordenador). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. Brasília: Alumnus; OAB, 2013, p. 280 e 291.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre a colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Gunther. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 13 – n. 2, pp. 23-37, 2008.

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

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Requerente: Associação Nacional dos Livros (ANEL) – Interessado: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional – Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336558/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF – Requerente: Partido Popular Socialista – Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal – Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 16 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF – Arguinte: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional – Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. *Habeas Corpus* 78.426/SP. – Paciente: Antônio Izzo Filho. – Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outra – Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94924/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. *Habeas Corpus* 82.424/RS – Paciente: Siegfried Ellwanger – Impetrantes: Wener Cantalício e João Becker – Coator: Superior Tribunal de Justiça – Rel. Min. Moreira Alves – Red. do acórdão Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção 4.733/DF – Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) – Impetrado: Congresso Nacional – Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em 6 jun. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 511.961/SP – Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) e Ministério Público Federal – Recorridos: União, Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ) e outros – Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169452/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Lei da Mordaza e direito de informação: mídia e justiça. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, pp. 131-146, 2000.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Há um direito à autodeterminação no Brasil? **In**: FURTADO, Marcus Vinícius (Coordenador). **Reflexões sobre a Constituição**: uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: Alumnus; OAB, pp. 279-291, 2013.

DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., pp. 9-42, 2006.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A intervenção estatal sobre a economia e a crise de 2008. **In**: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. **Direito constitucional – os desafios contemporâneos**: uma homenagem ao professor Ivo Dantas. Curitiba: Juruá Editora, pp. 471-499, 2012.

FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 3, pp. 639-655, set./dez. 2016.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. **Revista de Direito do Consumidor**. RDC, v. 22, n. 90, pp. 13-38, nov./dez. 2013.

_____. Liberdade de expressão e direitos de personalidade. **Revista Consultor Jurídico**. 16 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998.
- PAPA, Anna. O direito de ser informado no âmbito da proteção multinível da liberdade de expressão. Tradução: Dionis Mauri Penning Blank. **Direitos Fundamentais e Justiça**: DFJ, Belo Horizonte, v. 13, n. 41, pp. 93-114, jul./dez. 2019.
- SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. A nossa democracia depende da liberdade de imprensa? Sujeitos diferentes, direitos diferentes e impossibilidade de sopesamento de valores. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 62, n. 437, pp. 13-24, mar. 2014.
- WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge (USA): Harvard University Press. 2012.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O RECONHECIMENTO DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA¹⁵⁶

1. INTRODUÇÃO

Em 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente os Recursos Extraordinários nºs 349.703-1/RS e 466.343/SP e os Habeas Corpus nºs 87.585 e 92.566, reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos.¹⁵⁷

Até então prevalecia o entendimento de que os tratados internacionais, internalizados mediante decreto legislativo e ratificação do Presidente da República, qualquer que fosse sua natureza, equiparavam-se a lei ordinária, passíveis, portanto, de alteração por lei posterior. Dentre as poucas exceções contavam-se os tratados tributários e os tratados de extradição. Outra importante exceção: desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, os tratados de direitos humanos aprovados em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos de seus membros, tornaram-se equivalentes a emendas constitucionais.

Com as decisões proferidas nos recursos extraordinários acima mencionados, que consagraram expressiva mutação constitucional, o Brasil passou a alinhar-se a vários países que já atribuíam eficácia supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos. Criou-se, ainda, a possibilidade de

156. Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ (nomeado em 2011, tem atuado, desde então, na Terceira Turma e na Segunda Seção). Foi Conselheiro do CADE. Foi também Procurador do Estado de São Paulo e Procurador da Fazenda Nacional. É Bacharel em Direito (Universidade de São Paulo - USP). Mestre em Direito (Universidade Harvard). Doutor em Direito (Universidade de Frankfurt - Johann Wolfgang Goethe Universität).

157. Julgamento concluído em 3/12/2008. Cf. acórdão do RE nº 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso.

controle de convencionalidade das leis, em significativo avanço em direção à internacionalização dos direitos humanos e a uma cooperação entre estados constitucionais.

No presente artigo, descrevem-se inicialmente os argumentos discutidos no RE nº 349.703/RS, sobretudo no voto-vista por ele proferido. Em seguida, apresentam-se, em linhas rápidas, as principais implicações do reconhecimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos no Brasil.

2. O RE Nº 349.703-1/RS

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, concluído em 3.12.2008, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, foi reconhecida a ilicitude da prisão civil do depositário infiel. O recurso foi interposto por instituição financeira por alegada ofensa aos artigos 5º, LXVII, e 97 da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se entendeu que “a prisão civil, a teor do novo texto constitucional, só é admissível em hipótese de depósito para guarda de bem alheio, e não em caso de depósito em garantia, como acontece nos contratos de alienação fiduciária por ter sido retirada do legislador ordinário a possibilidade de equiparações como esta”.

O relator originário, Ministro Ilmar Galvão, delimitou a controvérsia, “em primeiro lugar, à questão de saber se, na alienação fiduciária em garantia há, ou não, embutido, um contrato de depósito, ou, em segundo plano, se o Pacto de São José da Costa Rica teve, ou não, o condão de revogar o DL nº 911/1969; podendo-se acrescentar, tão-somente, o argumento de que uma norma infraconstitucional não pode afastar a exceção da prisão civil do depositário infiel prevista na Constituição”. Revendo seu entendimento, o relator considerou inconstitucional a prisão civil do depositário infiel e não conheceu do recurso. Em sentido oposto votaram os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches.

Em seu voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes, verificando que apenas o inciso LXVII do art. 5º da Constituição foi adequadamente prequestionado, conheceu parcialmente do recurso e negou-lhe provimento. Quanto ao ponto central da controvérsia, a compatibilidade da prisão civil do depositário infiel em face do disposto no art. 7º (nº7) do Pacto de São José da Costa Rica, discorreu detalhadamente a respeito das quatro correntes doutrinárias e

jurisprudenciais acerca do *status* normativo dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos.

Quanto à vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e das convenções sobre direitos humanos, sustentada entre nós por Celso de Albuquerque Mello, observou a “dificuldade de adequação dessa tese à realidade de estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”.

No tocante à tese de que os tratados de direitos humanos teriam estatura constitucional, defendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, os quais sustentam que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição ensejariam a aplicação direta dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, lembrou que tal discussão foi esvaziada pela EC 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição, a qual, na prática, traduz-se em “declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados à normas constitucionais”.

A corrente que equiparava os tratados internacionais à lei ordinária, até então dominante no Supremo Tribunal Federal, foi considerada defasada à vista da “abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos”. É que, na atualidade, “vivemos em ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos fundamentais”.

Ao explicitar a conveniência de uma revisão crítica do entendimento até então prevalente no Supremo, o Ministro Gilmar lembrou que a tese da legalidade ordinária é incompatível com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que não admite aos Estados convenientes “invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, o que, desde logo, recomendaria a adoção da quarta corrente, que confere o predicado da supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Tal tese já havia sido aventada em 2000, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

A supralegalidade, de resto, já era encontrada no direito comparado, a exemplo do art. 25 da Lei Fundamental alemã, do art. 55 da Constituição francesa e do art. 28 da Constituição grega.

Ademais, os tratados de direitos humanos têm caráter especial, que justifica sua internalização no ordenamento jurídico com “o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Isso conduz à conclusão de que a norma constitucional que autoriza a prisão civil do depositário infiel não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, “mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”, o que também se aplica à legislação infraconstitucional posterior, como o art. 652 do Código Civil de 2002. Em suma, dado o caráter supralegal da norma internacional incorporada ao ordenamento pátrio, “não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel”, desde a adesão do país à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1992.

Outra questão trazida a lume no recurso refere-se à equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. A prisão civil do devedor-fiduciante não se justifica em face do princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), já que o ordenamento prevê meios menos gravosos. A equiparação do devedor-fiduciante ao depositário, além disso, criou figura atípica de depósito, desfigurando o instituto em sua conformação constitucional, o que caracteriza violação do princípio da reserva legal proporcional.

Foram essas, resumidamente, as razões que levaram o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, a negar provimento ao recurso interposto pela instituição financeira. Tais razões foram reproduzidas no julgamento do RE 466.343/SP.

3. SUPRALEGALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

No Brasil, a maior parte da doutrina adere, em matéria de conflito entre direito internacional e ordem interna, ao monismo. Este, como demonstrado por Hans Kelsen, pode ser um monismo com prevalência da ordem interna ou um monismo com prevalência da ordem internacional, do qual é partidário.¹⁵⁸

158. Cf. Barroso, Luís Roberto, “Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação

A orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal é a de um monismo moderado, em que, na lição de Luis Roberto Barroso, “o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior”.¹⁵⁹

Exceções são os tratados fiscais (art. 98 do CTN) e os de extradição (Lei nº 6.815/1980), em relação aos quais prevalece a norma internacional. Do mesmo modo, os acordos firmados pela União em matéria de ordenação do transporte internacional (art. 178 da Constituição, na redação dada pela EC nº 7) e os tratados internacionais sobre arbitragem, no que diz respeito ao reconhecimento e à execução da sentença arbitral estrangeira (art. 34 da Lei nº 9.307/1996). A supremacia dos tratados internacionais sobre o direito interno, no sentido do original monismo kelseniano, nessas situações, pode ser entendida como um desvio do monismo moderado que se tem afirmado como regra geral no Brasil.¹⁶⁰

No que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e Constituição, tradicionalmente, a maior parte da doutrina, assim como o STF, entendem haver supremacia da Constituição, muito embora o Brasil seja signatário da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969, mas ratificada apenas em 2009), que só admite a declaração de inconstitucionalidade de tratado quando houver manifesta violação de norma fundamental sobre competência (art. 46), afastada a possibilidade de exame material, intrínseco, do tratado. É que, desde a Constituição de 1891, admite-se no direito brasileiro a análise intrínseca da constitucionalidade de tratado.

A Constituição de 1988, na mesma linha, prevê que a declaração de inconstitucionalidade de tratado é hipótese de cabimento de recurso extraordinário (art. 102, III, b). O princípio da supremacia da Constituição foi reiterado em várias decisões da Corte Suprema, que afastou, por exemplo, a aplicação da Convenção nº 158 da OIT, acerca de demissão sem justa causa (ADI-MC 1.480, julgada em 2001, rel. Min. Celso de Mello). Em outro julgamento significativo, ocorrido em 1997, entendeu-se que as indenizações tarifadas pelo extravio de

entre direito internacional e direito interno” in Marinoni, Luiz Guilherme e Mazzuoli, Valerio (coords.), Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 150.

159. Barroso, cit., p. 154

160. Cf. Barroso, op. cit., p. 155, nota de rodapé 28.

bagagem, previstas na Convenção de Varsóvia, não podem excluir a indenização por danos morais (RE 172.720, rel. Min. Marco Aurélio).

Tal entendimento somente foi alterado vinte anos depois, quando o Plenário do Supremo, em decisão de 25/5/2017, fixou o seguinte entendimento: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.¹⁶¹ Esse novo paradigma reflete o olhar moderno a respeito da delicada relação entre direito interno e internacional, que se tornou possível e mais usual após as históricas decisões do Supremo Tribunal Federal em 2008.

Vale acentuar, a propósito dessa evolução jurisprudencial, que, ainda em 1998, o STF, ao examinar a questão da subsistência ou não da prisão civil do depositário infiel, especialmente na hipótese de alienação fiduciária, na qual o devedor-fiduciante é equiparado a depositário, decidiu no sentido da supremacia da Constituição sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica. É que a Constituição autoriza a prisão civil tanto do devedor de alimentos como do depositário infiel (art. 5º, LXVII), ao passo que a Convenção admite apenas a prisão civil quando houver inadimplimento de obrigação alimentícia. No HC 73.044/SP, rel. Min. Maurício Correa, entendeu-se que a posição do STJ, em aberta divergência com a do STF, não poderia prevalecer, pois a Convenção deveria ser interpretada com as limitações impostas pela Constituição.

Em 2008, no entanto, como já lembrado, o STF, revendo a matéria, assentou que a prisão civil do depositário infiel, em qualquer hipótese, é ilegítima¹⁶², pois o art. 5º, § 2º, da Constituição atribui aos tratados de direitos humanos *status* diferenciado, prevalecendo a Convenção sobre a legislação interna que cuidava da prisão civil do depositário infiel.¹⁶³ Em consequência, foi editada a Súmula vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.¹⁶⁴

161. ARE 766.618/SP, rel. Min. Roberto Barroso, e RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes. Neste, foi apreciado o tema 210 da repercussão geral, reconhecida em 22/10/2009, no AI 762.184/RJ, rel. Min. Cezar Peluso: “limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia”. Por maioria, e nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, deu-se provimento ao recurso extraordinário para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores, conforme Informativo STF nº 866, de 22 a 26 de maio de 2017.

162. RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.

163. HC 87.585/TO, rel. Min. Marco Aurélio.

164. No REsp 914.253/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, a Corte

Consoante o § 2º do art. 5º da Constituição, os direitos e as garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Até então era pacífico na jurisprudência que os tratados ingressam no direito interno com força de lei ordinária. A maior dificuldade para atribuir-lhes posição superior na pirâmide normativa advinha do fato de que os tratados são incorporados ao ordenamento por quórum simples. Conferir aos tratados eficácia diversa equivaleria, então, a permitir, por via transversa, que a Constituição pudesse ser emendada por quórum ordinário.

Para superar tal dificuldade, a Emenda Constitucional nº 45/2004 adicionou o § 3º ao art. 5º da Constituição, que, como visto, confere aos tratados internacionais sobre direitos humanos o mesmo *status* de emenda constitucional, desde que aprovados em dois turnos pelas duas Casas do Congresso, com quórum qualificado de três quintos de seus membros. É o que ocorreu, por exemplo, com a convenção sobre direitos das pessoas com deficiência, promulgada em 2009.

Os tratados internalizados antes da EC nº 45/2004 mantêm a mesma posição na hierarquia normativa, podendo obviamente ascender ao nível das emendas constitucionais, desde que submetidos ao rito do § 3º do art. 5º da Constituição.¹⁶⁵

A novidade, na jurisprudência, foi a acolhida, pelo STF, de posição doutrinária no sentido de que os tratados de direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, desfrutam de força supralegal, isto é, inferior às normas constitucionais, mas acima das leis. Trata-se de uma espécie de eficácia paralitante em relação às normas de direito interno que se oponham ao convencionado nos tratados internacionais de direitos humanos.

A evolução da jurisprudência, nesse ponto, reflete a abertura a ordens supranacionais consagradas em vários textos constitucionais europeus, bem como a percepção, apontada por Peter Häberle, de que o ideal de um estado constitucional cooperativo deve ser perseguido como forma de garantir máxima

Especial do STJ, com fundamento nos precedentes fixados pelo STF, negou provimento a recurso especial de fazenda estadual que pretendia subsistente a prisão civil do depositário judicial infiel. Embora tenha acompanhado o relator, o Min. Teori Zavascki ressaltou seu ponto de vista, no sentido de que “o depositário judicial de bens penhorados é um auxiliar da justiça (CPC, arts. 139 e 148 a 150), cuja designação, portanto, não decorre nem dá origem a obrigação contratual. Ao ser investido do encargo, o depositário judicial não está contraindo “dívida” perante o órgão judiciário ao qual serve ou as partes envolvidas na demanda. Está, sim, assumindo, perante o Juízo, os deveres próprios desse encargo, que decorrem diretamente da lei. Relativamente a ele, portanto, a disposição do direito interno que prevê a prisão civil em caso de infidelidade no cumprimento do dever de restituir o bem penhorado não é incompatível com as normas dos tratados internacionais”.

165. Barroso, cit., p. 174.

eficácia às normas constitucionais “que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana”.¹⁶⁶

Como dito, a tese da supralegalidade já havia sido aventada em 2000, no RHC 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence:

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim, como à recepção das anteriores à Constituição (...) Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do sentido útil a inovação, que, malgrado, os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

A supralegalidade, de todo modo, como observado no voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, já era consagrada em outros ordenamentos. A Lei Fundamental alemã em seu art. 25 prevê que “as normas gerais de Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”. Semelhantes normas são encontradas nas constituições da França de 1958 (art. 55) e da Grécia de 1975 (art. 28). No Reino Unido, o *European Communities Act*, de 1972, assegurou ao direito comunitário hierarquia superior às leis formais aprovadas pelo Parlamento.

Cançado Trindade assinala, a propósito, que “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é (...) sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.¹⁶⁷

Como lembra Gilmar Mendes, a internalização dos tratados de direitos humanos “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Isso permite concluir que a norma constitucional autorizativa da prisão civil do depositário infiel não foi revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica, “mas deixou de

166. Mendes, Gilmar Ferreira, “A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil”, in Marinoni e Mazzuoli (coords.), op. cit., p. 226.

167. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2003, p. 515.

ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”.¹⁶⁸

Em resumo, “os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade aos ditames do § 3º do art. 5º da Constituição são equivalentes às emendas constitucionais; os demais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil constituem direito supralegal; e os tratados internacionais que não tratam de direitos humanos têm valor legal”.¹⁶⁹ Exceções, como visto, são os tratados fiscais, de extradição, de transporte internacional e de arbitragem.

A supralegalidade constitui novo parâmetro de controle e de validação do direito ordinário. “Além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei. Isto significa que a lei está submetida a novos limites materiais, postos nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais”.¹⁷⁰

O controle da convencionalidade varia de acordo com o modo pelo qual o tratado de direitos humanos foi internalizado. Se observado o rito do § 3º do art. 5º da Constituição, o controle pode ser concentrado, por meio de ação direta perante o STF, ou difuso. Se os tratados ou convenções tiverem o atributo da supralegalidade, cabe apenas o controle difuso, a pedido da parte ou mesmo de ofício, como sustenta Marinoni, que lembra lição de Mauro Cappelletti a respeito da invalidade absoluta da norma interna contrária ao tratado, bem como decisão da Corte Interamericana no caso *Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*.¹⁷¹

Um exemplo recente de controle difuso de convencionalidade pode ser encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No REsp 1.640.084, rel. Min. Ribeiro Dantas, a Quinta Turma do STJ, por unanimidade reconheceu a incompatibilidade do tipo penal de desacato (art. 331 do Código Penal) com a Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁷² Posteriormente, ao julgar o HC 379.269/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, rel. para o acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, a Terceira Seção do STJ entendeu, por maioria, não ser possível afastar do ordenamento pátrio o crime de desacato porque as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não têm força vinculante. Além disso, sobre o tema, não há decisão específica

168. Mendes, cit., p. 232/3.

169. Marinoni, Luiz Guilherme, “Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)”, in Marinoni e Mazzuoli (coords.), op. cit., 65.

170. Marinoni, op. cit., p. 66.

171. Marinoni, op. cit., p. 66.

172. Julgado em 15/12/2016.

para o Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, mesmo que houvesse, seria aplicável a teoria da margem de apreciação nacional, segundo a qual os estados signatários de direitos humanos mantêm margem de discricionariedade para a adequação de decisões proferidas internacionalmente às especificidades nacionais.¹⁷³

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, pode-se afirmar que a suprallegalidade constitui novo parâmetro de controle e de validação do direito ordinário.

Com o reconhecimento de que os tratados de direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, desfrutam de força suprallegal, isto é, inferior às normas constitucionais, mas acima das leis, concebeu-se uma espécie de eficácia paralisante em relação às normas de direito interno que se oponham ao ali convencionado.

A possibilidade de controle de convencionalidade das leis no Brasil, a exemplo do que já se verifica rotineiramente em países vizinhos, é um significativo avanço em direção à internacionalização dos direitos humanos e a uma cooperação entre estados constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: Marinoni, Luiz Guilherme e Mazzuoli, Valerio (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.**

CANÇADO TRINDADE. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre, Sérgio Fabris, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: Marinoni e Mazzuoli (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.**

MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: Marinoni e Mazzuoli (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.**

173. Julgado em 24/05/2017.

FRATERNIDADE E DESJUDICIALIZAÇÃO: O CUSTO-BENEFÍCIO DA PROPOSITURA DE AÇÃO QUE TEM COMO CAUSA DE PEDIR O DIREITO À SAÚDE

CANDICE LAVOCAT GALVÃO JOBIM¹⁷⁴

LUDMILA LAVOCAT GALVÃO VIEIRA DE CARVALHO¹⁷⁵

1. PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA

Em tempos da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), a saúde se coloca como uma das pautas mais afitivas e atuais, não somente dos profissionais da área de saúde, mas também dos agentes públicos e dos operadores do direito. O tema não está restrito ao Brasil. Ao contrário, é uma preocupação universal, abrangendo países do mundo inteiro, como, por exemplo, Portugal, Espanha, Itália e Estados Unidos da América.

No momento em que vidas são colocadas em risco, assume relevância para a sobrevivência do ser humano a prestação de um serviço público célere, eficiente e eficaz na área da saúde, e o princípio constitucional da fraternidade exsurge como uma esperança para os mais necessitados e desassistidos.

A esse respeito, merece destaque a tese de doutorado defendida pelo Exmo. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que reconhece o princípio constitucional da fraternidade como direito humano positivado na Constituição Federal de 1988 e realiza o seu resgaste no sistema de justiça brasileiro.

174. Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Atualmente ocupa o cargo de Conselheira do Conselho Nacional de Justiça. Mestre em Direito pela University of Texas at Austin-EUA. Graduada em Direito pelo UniCeub. Email: candice.jobim@cnj.jus.br

175. Subprocuradora do Distrito Federal. Atualmente ocupa o cargo de Procuradora-Geral do Distrito Federal. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo — USP. Graduada pela Universidade de Brasília —UnB. Doutoranda em Direito Processual pela Universidade de São Paulo — USP. Email: ludmila.galvao@pg.df.gov.br

O fornecimento de medicamentos, a realização de testes rápidos (IgG e IgM) e de RT-PCR (*swab* nasal e oral) e a disponibilização de leitos de UTI, são apenas exemplos de necessidades primárias dos cidadãos acometidos pelo novo coronavírus (COVID-19). O não atendimento dessas necessidades pelo Estado acaba resultando em demandas no Poder Judiciário.

Ressalte-se que a judicialização da saúde não traz vantagens nem para o cidadão nem para o Estado. O custo da propositura de ação que tenha como causa de pedir o direito à saúde não justifica o benefício a ser auferido. Sendo os interesses convergentes no sentido da promoção da saúde de todos, em observância ao princípio constitucional da fraternidade, devem ser realizadas e incentivadas ações que favoreçam o diálogo e a paz entre os participantes, na busca incessante de soluções consensuais.

A criação dos Comitês Estaduais da Saúde e dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário — NAT-JUS pelo Conselho Nacional de Justiça e a reestruturação do Projeto CAMEDIS no Distrito Federal são exemplos de atuações que favorecem a desjudicialização da saúde, em especial pela instituição de soluções adequadas de resolução de conflitos na atividade pré-processual ou durante o curso do processo.

2. O CUSTO DO PROCESSO

O processo jurisdicional é custoso, dependendo de recursos financeiros, seja para o exercício da própria jurisdição pelo Estado, seja para a defesa dos interesses das partes¹⁷⁶. Dinamarco assevera que a gratuidade de um sistema judiciário “seria incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas”¹⁷⁷.

Conforme Carnelutti as cargas processuais classificam-se em (i) cargas processuais em sentido estrito e (ii) cargas financeiras. As cargas processuais

176. A propósito, eis a lição de Pajardi: “Ho già detto in che cosa consistono le spese e i danni del processo. Qui va ribadito lo strettissimo nesso causale tra il processo come fonte, e le spese e i danni come conseguenze inevitabili e prevedibili dello stesso. Irrimediabilmente il processo genera spese e danni. È questa una esperienza universale, oltre che una affermazione razionalmente fondata sulla elementare considerazione che ogni attività umana, como fattore di erogazione di energie e di tempo per l'uomo, ha un valore economico. L'attività processuale ha per giunta natura complessa e comporta non soltanto erogazione di lavoro tecnico legale, ma anche dispendio di denaro per tributi di varia natura e per spese borsulai diverse e molteplici.” (PAJARDI, Piero. *La responsabilità per le spese e i danni del processo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 78.)

177. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições do processo civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001. p. 630.

em sentido estrito referem-se ao cumprimento de atos, enquanto as cargas financeiras referem-se ao pagamento de quantias. O fundamento das cargas financeiras do processo é o seu custo.¹⁷⁸

A expressão “custo do processo” engloba todos os itens dos recursos financeiros a serem despendidos durante o processo¹⁷⁹. Por sua vez, o custo do processo pode ser considerado em sentido estrito e em sentido amplo, segundo lição de Carnelutti.¹⁸⁰

No sentido estrito, abarca somente os gastos necessários para o movimento do mecanismo processual; no sentido amplo, engloba os demais gastos que o processo implica, como, por exemplo, o lucro cessante sofrido pela parte decorrente do abandono temporário de suas atividades habituais para efetuar a sua defesa no processo.

Estão compreendidos no custo do processo, em sentido estrito, as despesas processuais e os honorários advocatícios. As despesas processuais são todos os custos devidos ao Estado pela prestação da jurisdição, tais como custas, emolumentos e a remuneração dos auxiliares de Justiça e os honorários advocatícios são a retribuição pelo trabalho realizado pelos advogados das partes.¹⁸¹

3. A ATRIBUIÇÃO DO CUSTO DO PROCESSO AOS LITIGANTES: A CONTRIBUIÇÃO DE CHIOVENDA

O estudo da atribuição do custo do processo aos litigantes foi realizado de maneira exaustiva por Chiovenda, que perquiriu suas origens históricas desde os tempos mais remotos do direito romano. Em sua obra, o autor divide o direito romano em três períodos: do início dos tempos a Ulpiano, de Ulpiano a

178. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1. p. 382-383.

179. Leo Rosenberg assim define custo do processo: “Las costas procesales *son los gastos directos de las partes para la gestión del proceso particular* (RG, 150,40). Son judiciales (llamadas *costas del tribunal*) cuando se originan por haber actuado el tribunal; y extrajudiciales, cuando se originan por el empleo de abogados (llamadas *costas de abogado*) o de otros apoderados o asesores, por encargos al ejecutor judicial (llamadas *costas el ejecutor judicial*), por viajes, pesquisas o participación en audiencias de las partes o de otro modo.” (ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. 1951. Trad. esp. Angela Romera Vera. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. p. 467.)

180. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1. p. 400-401.

181. Fernando Jacques Onófrío ensina que “honorários” e “honorária” derivam do mesmo vocábulo *honor*, tendo o adjetivo o significado de honra, sócio ou presidente honorário, e o substantivo o de conteúdo de retribuição aos que exercem profissão liberal, de qualquer área, podendo ser engenheiro, advogado ou médico. (ONÓFRIO, Fernando Jacques. *Manual de honorários advocatícios*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 26-27.)

Zenão, e das leis de Zenão a Anastásio e Justiniano. A investigação foi feita de maneira minuciosa, com método e cientificidade, e demonstra que a teoria da sucumbência decorreu da própria evolução histórica do ordenamento jurídico.¹⁸²

Saliente-se que, no início do direito romano, não havia preocupação com o custo do processo, considerando-se que o seu valor era insignificante, dada a simplicidade do processo e dos procedimentos realizados. As partes compareciam pessoalmente em juízo e os defensores prestavam assistência gratuitamente. Era mesmo uma honraria, motivo de júbilo, ser convidado para fazer defesa em processos.

Cahali, no entanto, afirma que “em substância, porém, a gratuidade da atuação do patrono é mais aparente, pois a prestação de assistência colimava vantagens outras, ainda que não de natureza patrimonial”¹⁸³, como, por exemplo, a troca de favores políticos.

A controvérsia acerca da responsabilidade das partes pelas despesas do processo pode ser solucionada segundo três sistemas fundamentais: (i) as partes respondem pelas suas despesas; (ii) o vencido suporta todas as despesas; ou, de forma híbrida, (iii) o vencido, conforme determinadas circunstâncias, pode ser compelido ao reembolso.

Cahali enfatiza que “os três sistemas reproduzem os vários estágios de evolução dos ordenamentos jurídicos e da própria ciência do direito, na busca sempre contínua do termo limite entre o direito de ação e o impulso do demandista temerário”.¹⁸⁴

A teoria da pena, defendida por Hennemann e Emmerich, surge da ideia de que as partes têm direito de ação e de defesa, somente podendo ser condenadas ao pagamento das custas do processo quando agirem de má-fé no processo. A condenação tem natureza punitiva, devendo, portanto, ser comprovada a ação temerária do vencido.

Adolph Weber enunciou a teoria do ressarcimento, segundo a qual a responsabilização das partes se justifica pela necessidade de ressarcir o vencedor das eventuais despesas com o processo, tendo como fundamentos a culpa aquiliana do direito romano e a equidade. Nesse caso, a condenação se despe da natureza jurídica de pena e assume a nítida feição de indenização.

182. CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena nelle spese giudiziali*. 2. ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1935. p. XVII-XIX.

183. CAHALI, Yussef. *Honorários advocatícios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

184. CAHALI, Yussef. *Honorários advocatícios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

Chiovenda elaborou a teoria da sucumbência, aduzindo suas duas notas características. A primeira é que a condenação no custo do processo não está subordinada à demanda temerária nem à culpa do vencido, mas simplesmente à condição objetiva da derrota. A segunda é que a reparação desse dano é declarada de ofício pelo juiz, quando decide o direito aplicável à espécie.

No âmbito da teoria chiovendiana, o processo deve propiciar a quem tem razão a mesma situação econômica que ele obteria se as obrigações alheias houvessem sido cumpridas voluntariamente, ou se seus direitos houvessem sido respeitados sem a instauração de processo algum.

Para o autor, a vitória processual de quem tem razão deve ser integral, não devendo o vencedor suportar nenhum gasto para vencer. Se o vencedor tiver que gastar com o processo, não perceberá o bem material em sua integralidade, senão com a diminuição do que foi devidamente gasto. A teoria da sucumbência busca a prestação de uma tutela jurisdicional integral, com fundamento, portanto, na responsabilidade objetiva.

Cahali, a propósito do dogma da sucumbência, afirma que o que legitima a condenação aos ônus sucumbenciais como parte integrante do dispositivo da sentença é o fato objetivo da derrota, salientando que “a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva”.¹⁸⁵

A teoria da sucumbência não logrou êxito em abarcar todas as situações vivenciadas no processo, restando insuficiente para ser considerado princípio único e absoluto a justificar a condenação dos litigantes em despesas processuais e honorários advocatícios.

Para as situações não abrangidas pelo princípio da sucumbência, Cahali afirma que buscou-se a solução na inevitabilidade da lide. O autor pondera que “o reconhecimento do pedido não salva o réu da sucumbência, se não é efetivo e oportuno, de tal modo que tivesse tornado evitável a lide; pois, neste caso, prevalece a relação de causalidade entre o réu e a lide, a determinar a condenação nas despesas”.¹⁸⁶

Surge, então, a teoria da causalidade, que impõe a quem deu causa ao processo a responsabilidade por arcar com o seu custo.

185. CAHALI, Yussef. *Honorários advocatícios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

186. CAHALI, Yussef. *Honorários advocatícios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

Bruno Lopes afirma que a responsabilidade civil está calcada no tripé dano,nexo de causalidade e culpa. Sendo a responsabilidade pelo custo do processo objetiva, prescinde-se da culpa. O autor assinala que “o verdadeiro critério geral à identificação do responsável pelo custo do processo é a causalidade e não a sucumbência, a qual nada mais é do que um indício, correto e suficiente na grande maioria dos casos, para a apuração do referidonexo de causalidade”.¹⁸⁷

Pajardi afirma que não existe contraste entre a sucumbência e a causalidade, mas sim harmonia. Trata-se de dois conceitos: a sucumbência é o conteúdo, e a causalidade, o continente. Normalmente, quem sucumbe é exatamente o sujeito que havia provocado o processo.¹⁸⁸

Forçoso concluir que as teorias da sucumbência e da causalidade não são excludentes entre si. A sucumbência é um dos componentes da teoria da causalidade. Não há contradição entre as duas perspectivas, mas harmonia sistêmica, na precisa medida em que a sucumbência se afigura como um dos indícios mais expressivos da causalidade.¹⁸⁹

4. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE DOS LITIGANTES PELO CUSTO DO PROCESSO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRA

No Brasil, a responsabilidade dos litigantes pelos custos do processo evoluiu da teoria da pena para a teoria da causalidade nos diversos diplomas processuais civis.

Anteriormente ao advento do Código de Processo Civil de 1939, os estados tinham competência para legislar sobre processo, sendo diferentes os critérios

187. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 38.

188. Assim assevera Pajardi: “E l’equivoco sta precisamente in ciò: tra soccombenza e causalità non vi è contrasto, ma armonia; si trata di due cerchi di cui il primo contenuto, il secondo contenente. Il cerchio del principio della causalità ha al suo interno vari cerchi rivelatori dell’esistenza del principio. Il più importante è costituito dal sottocerchio, por così dire, della soccombenza. La soccombenza è dunque su un piano concettuale e statistico al contempo, l’elemento rivelatore più normalmente rivelatore della causalità.” (PAJARDI, Piero. *La responsabilità per le spese e i danni del processo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. p. 213).

189. Nesse sentido, Marco Corradi leciona que “il fondamento dell’obbligo del rimborso delle spese processuali deve essere ricercato, più che nella soccombenza, nel principio di causalità, del quale la soccombenza è solo uno degli indici revalatori, poiché è evidente che la parte soccombente si identifica con quella che, lasciando insoddisfatta una pretesa riconosciuta fondata o azionando una pretesa accertata come infondata, ha dato causa al processo.” (CORRADI, Marco. *Le spese nel processo civile: prestazioni giudiziali in materia civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1988. p. 15).

acerca da condenação das partes ao pagamento do custo do processo em cada unidade da Federação. Não havia, portanto, uma regra geral e uniforme.

O Código de Processo Civil de 1939 optou pela teoria da pena disciplinar. A propósito, o seu art. 63 consagrava que “sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado”. Seu art. 64, por seu turno, preceituava que “quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extracontratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários de advogado da parte contrária”.

A atribuição da responsabilidade pelo pagamento dos custos do processo às partes dependia, pois, da culpa ou dolo do autor, bem como do comportamento temerário das partes.

Como consequência da evolução da noção de responsabilidade na doutrina e na jurisprudência, foi publicada a Lei n.º 4.632, de 18.05.65, que alterou a redação do art. 64 do CPC/1939, para determinar que a sentença haveria de condenar o vencido ao pagamento dos honorários do vencedor, suprimindo-se a exigência de dolo ou culpa. A teoria da sucumbência foi, então, entronizada no direito brasileiro, de forma *perene*.

O Código de Processo Civil de 1973 trilhou o mesmo caminho, tendo aderido ao princípio da sucumbência, cujo preceito fundamental veio a lume no art. 20, segundo o qual “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”.

Não obstante, a teoria da sucumbência não se mostrou hábil em solucionar todos os conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário, razão pela qual doutrina e jurisprudência, em uníssono, laboraram o conceito de causalidade juntamente com o de sucumbência.

À luz do CPC/73, Dinamarco ensina que a sucumbência não é em si mesma um princípio, mas sim um indicativo do princípio da causalidade, devendo responder pelo custo do processo “aquele que haja dado causa a ele, seja ao propor demanda inadmissível ou sem ter razão, seja obrigando quem tem razão a vir em juízo para obter ou manter aquilo a que já tinha direito”.¹⁹⁰ Aduz que a sucumbência é apenas um excelente indicador da causalidade.

190. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001. v. 2. p. 645.

No Código de Processo Civil de 2015, dispõe o art. 82, § 2º, que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”. Filia-se o novo estatuto processual, inequivocamente, à teoria da sucumbência. Por sua vez, preceitua em seu art. 85, *caput*, a regra de que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

Depreende-se da leitura dos dispositivos legais logo acima aludidos que o novel diploma processual civil encampou a teoria da sucumbência como critério objetivo para a aferição da responsabilidade do vencido de arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios. Contudo, adotou também o princípio da causalidade, ao considerar que a sucumbência faz parte desse conceito maior.

Nos seus comentários ao art. 82, Renato Beneduzi aduz que “o princípio da sucumbência deve ser interpretado, no entanto, à luz de outro, o princípio da causalidade, segundo o qual as despesas processuais e honorários advocatícios devem ser suportados por quem deu causa à instauração do processo”.¹⁹¹

No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina afirma que a regra da sucumbência não é absoluta, uma vez que nem sempre a parte sucumbente no processo é a que deu causa ao surgimento da lide. Acentua o autor que “o critério da *causalidade* prepondera sobre o da *sucumbência*”.¹⁹²

5. O CUSTO-BENEFÍCIO DA PROPOSITURA DE AÇÃO QUE TEM COMO CAUSA DE PEDIR O DIREITO À SAÚDE

O Poder Judiciário encontra-se com um número elevado de processos, nem sempre sendo possível a entrega da prestação jurisdicional de forma célere, tempestiva, efetiva e eficiente, e grande parte das demandas possui como causa de pedir o direito à saúde.

Para Luciano Benetti Timm, o sistema jurídico brasileiro cria diversos incentivos para a propositura de demandas no Poder Judiciário, como: a) deferimento sem critérios rígidos da assistência jurídica gratuita; b) condenação diminuta em sucumbência; c) desobediência aos precedentes; e d) desconhecimento dos custos envolvidos na solução das controvérsias.¹⁹³

191. BENEDUZI, Renato. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 a 187*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 115-116.

192. MEDINA, José Miguel Medina. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 270.

193. TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios de Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 81-82.

Segundo Ivo Gico Jr., a análise econômica do direito (AED) “tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”.¹⁹⁴

A análise do custo-benefício da propositura de ação que tenha como causa de pedir o direito à saúde é pauta de preocupação dos agentes públicos, dos legisladores, dos magistrados e dos estudiosos do direito. Identificado o direito à saúde, analisadas as políticas públicas elegidas pelo gestor público e sopesadas as consequências de uma decisão judicial, conclui-se que a judicialização da saúde não traz benefícios nem para o cidadão nem para o Estado.

O custo da propositura de ação que tenha como causa de pedir o direito ao acesso à saúde não justifica o benefício a ser auferido. Em verdade, pode-se afirmar que não há vencedores nessas espécies de ações, restando todos vencidos.

No contexto da pandemia da COVID-19, o fornecimento de medicamentos, a realização de testes rápidos (IgG e IgM) e de RT-PCR (*swab* nasal e oral) e a disponibilização de leitos de UTI são apenas exemplos de necessidades primárias dos cidadãos acometidos pelo novo coronavírus. Não sendo tais necessidades prontamente atendidas pelo Estado, o resultado acaba sendo demandas no Poder Judiciário.

No caso de o pedido formulado ser julgado procedente, o custo do processo será devido pelo sucumbente do processo e causador do surgimento da lide, que é o Estado, uma vez que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são os responsáveis pela não promoção do direito à saúde ao necessitado.

Já na hipótese de improcedência do pedido, o cidadão que buscou o acesso à saúde, objetivando o prolongamento de sua vida, com o recebimento de medicamentos ou com sua internação em leito de UTI, por exemplo, será condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Mesmo que a pessoa seja beneficiária da justiça gratuita, não restará afastada sua responsabilidade pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. As obrigações ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo ser executadas se o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos nos 5 (cinco) anos subsequentes

194. GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019. p. 1.

ao trânsito em julgado da decisão. Passados 5 (cinco) anos, as obrigações do beneficiário da gratuidade da justiça são extintas (art. 98, § 3º, CPC).

Ainda que seja possível a identificação do responsável pelo pagamento do custo do processo, consagrando-se vencedor o cidadão ou o Estado, tanto o cidadão como o Estado perdem com a propositura da ação.

Em primeiro lugar, perde o cidadão. Em meio a dificuldades relacionadas com sua saúde, o cidadão ainda tem que se preocupar em levar ao conhecimento do Poder Judiciário seu pedido e aguardar uma decisão. Se já não bastasse a angústia vivenciada pelo possível acometimento da terrível doença, ainda tem que passar pela aflição de obter uma decisão judicial.

Sendo o número de ações dessa espécie bastante elevado, o Poder Judiciário fica congestionado com conflitos de interesses que poderiam ser solucionados consensualmente e a entrega da prestação jurisdicional em prazo razoável nem sempre é alcançada, o que pode gerar prejuízos imensuráveis ao cidadão que requereu o pedido em juízo e que tem pressa na sua concretização.

Como exemplo, cita-se o pedido de disposição de um leito de UTI. O cidadão tem uma necessidade urgente de ser internado, sob pena de risco de vir a óbito. Por mais que o magistrado agilize sua decisão no sentido da obrigação do Estado de conceder o leito solicitado, poucos minutos ou horas para a prolação da decisão podem ser decisivos e fatais para o destino do cidadão.

Em segundo lugar, perde o Estado. A interferência do Poder Judiciário nas competências do Poder Executivo pode causar prejuízos maiores do que os imagináveis pelo magistrado quando da prolação da decisão. Em vez de prejudicar uma única pessoa, a decisão pode ser motivo de desapontamentos e tristezas para muitos.

Se é certo que o direito ao acesso à saúde está consagrado na Constituição Federal, não menos certo é afirmar que o gestor público, no âmbito de sua competência, possui um planejamento das políticas públicas a serem implementadas na área da saúde.

A partir do momento que interfere no âmbito das políticas públicas da área da saúde da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com o deferimento de pedidos de tutela provisória ou com a procedência dos pedidos formulados, o Poder Judiciário acaba por alterar e modificar a destinação dos recursos públicos, dificultando a gestão administrativa do ente federado.

Como exemplo, pode-se citar uma situação em que o cidadão ingressa no Poder Judiciário querendo o fornecimento de um medicamento não previsto

na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), em fase experimental e de valor bastante elevado, com o qual o Estado não tem condições de arcar. Nessa situação, o Estado, então, indefere administrativamente o pleito. Todavia, o magistrado, ao apreciar o pedido, entende que o Poder Público tem o dever de entregar o medicamento e concede uma tutela provisória de urgência, obrigando o fornecimento em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária.

Nessa situação, para o cumprimento da ordem judicial, o gestor público terá que gastar recursos que poderiam ser usados para a compra de outros medicamentos de valores infinitamente inferiores e que beneficiariam centenas de pessoas.

Tal exemplo demonstra que a propositura de ação que tenha como causa de pedir o direito à saúde pode ocasionar uma ruptura no planejamento do gestor público no tocante às políticas públicas a serem implementadas e, assim, gerar insegurança quanto aos objetivos a serem perseguidos.

Conclui-se, pois, que nem o cidadão nem o Estado logram-se vencedores nas ações com pedidos de acesso à saúde.

Correto o entendimento de Luciano Benetti Timm a esse respeito:

[...] seja por qual motivo for, por ineficiência do Estado que não concede medicamentos que deveria à população, ou por criação judicial para além das obrigações que o orçamento público comportaria, o fato é que se se está gastando muito dinheiro com as disputas judiciais em matéria de saúde. E isso é irracional para um país em desenvolvimento.¹⁹⁵

6. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE E A DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A realidade vivenciada, especialmente nesse período de pandemia do novo coronavírus (COVID-19), aponta para a necessidade de se concretizar o direito à saúde levando-se em consideração o princípio constitucional da fraternidade.

A avaliação e o sopesamento dos custos e dos benefícios da propositura de ação que veicule como causa de pedir o direito à saúde apontam para a certeza de que a judicialização da saúde não traz vantagens nem para o cidadão nem para o Estado, restando inofismável que as soluções para a problemática não devem ser alcançadas no âmbito do Poder Judiciário.

195. TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios de Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 107-108.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil consagra a instituição de um Estado democrático, que assegure o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos, comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Ensina o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

[...] a fraternidade na condição de categoria constitucional possui aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, usufruindo do mesmo regime jurídico unitário dos direitos fundamentais. Do mesmo dispositivo constitucional supracitado, é possível depreender um dever, por parte dos órgãos estatais, de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direito fundamental, o que inclui a fraternidade.¹⁹⁶

A fraternidade é, pois, um direito fundamental e um direito humano. Deve-se reconhecer o outro como um verdadeiro irmão e, com isso, assumir as responsabilidades que são cabíveis a um irmão. Deve-se olhar atentamente para o outro, perceber as suas necessidades e ajudá-lo para que encontre meios adequados para seus problemas.

Não cabem, nesse contexto, o egoísmo, a indiferença, a insensibilidade e o desinteresse. Atenção, respeito, cuidado, colaboração e consideração são atitudes exigíveis para a concretização da fraternidade. Não se toleram comportamentos que prejudicam os mais necessitados e desassistidos. Deve-se, assim, ajudar o irmão para que sejam superadas as suas dores.

No âmbito da saúde, quando se almeja a preservação da própria vida do cidadão, deve ser imperiosa a observância do princípio constitucional da fraternidade. Não se justifica a propositura de uma ação judicial veiculando pedido de fornecimento de medicamentos ou disponibilização de leitos de UTI, quando os interesses dos envolvidos são convergentes no sentido de que o outro não deva passar por sofrimentos. A comunhão de esforços dos entes envolvidos deve ser no sentido de promover a saúde e preservar a vida de todos.

Assim sendo, a busca por soluções consensuais dos conflitos de interesses relacionados a demandas que veiculam como causa de pedir o direito à saúde é medida que se impõe, especialmente no momento atual de pandemia.

A respeito de soluções consensuais, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca afirma:

196. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 95.

a opção pela composição dos conflitos via conciliação encontra amparo na Carta Política nacional e também na legislação infraconstitucional (Código de Processo Civil, por exemplo). E tal opção, quanto aos conflitos jurisdicionados, não objetiva apenas desafogar o Poder Judiciário, limpar as prateleiras, etc. Pretende, na verdade, encontrar a melhor solução para os litígios apresentados à Justiça, procurando sempre utilizar uma ferramenta eficaz (conciliação em sentido amplo) para a implementação da tão almejada e ameaçada paz social.¹⁹⁷

A cooperação e o diálogo entre as partes envolvidas são indispensáveis para que a desjudicialização da saúde seja uma realidade. Os cidadãos, as Defensorias Públicas, as Procuradorias, os agentes públicos e os magistrados devem convergir na busca da solução consensual das controvérsias.

A propósito, levando em consideração o Código de Processo Civil de 2015, Erik Navarro Wolkart faz uma análise econômica do processo a partir do comportamento cooperativo entre os atores processuais em todas as fases do processo, sempre na busca da entrega da tutela jurisdicional efetiva, justa e em prazo razoável. Para o autor, as soluções passam pela reestruturação das custas processuais e do pedido de gratuidade da Justiça, bem como pela concessão de incentivos aos advogados e aos juízes.¹⁹⁸

No seu entendimento:

- i. Quanto maiores os custos do processo, maior o incentivo para realização de acordos;
- ii. Quanto maior a diferença de expectativas (incerteza somada ao otimismo) quanto ao resultado do processo, menor o incentivo para realização de acordos.¹⁹⁹

7. A CRIAÇÃO DOS COMITÊS ESTADUAIS DE SAÚDE E DOS NÚCLEOS DE APOIO TÉCNICO DO JUDICIÁRIO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça tem se ocupado do tema da desjudicialização da saúde, incentivando o diálogo entre os entes envolvidos na busca de soluções consensuais dos conflitos. Desde o ano de 2009, a instituição

197. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 125-126.

198. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 437.

199. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 347.

passou a estudar e a definir políticas judiciárias para auxiliar a atuação dos magistrados que lidam com as lides relacionadas ao direito à saúde.

O que se verificava até então era que o magistrado, não tendo conhecimento técnico-científico e na premência de prolatar uma decisão para a qual se alegava urgência por risco de morte, acabava por conceder liminares e tutelas para o fornecimento de medicamentos e tratamentos de altíssimos custos que, na maioria das vezes, não tinham eficácia para a cura ou a melhoria da enfermidade relatada. Tais decisões de deferimento, proferidas sem bases científicas, acabavam por incentivar novas judicializações.

No intuito de aprimorar a entrega da prestação jurisdicional com vistas à desjudicialização, o CNJ editou diversos normativos voltados a orientar e a sensibilizar os magistrados na adoção de providências prévias à tomada de decisão. A Recomendação CNJ n.º 31/2010 reuniu medidas para subsidiar os magistrados em decisões mais eficientes no tocante às demandas sobre assistência à saúde e orientou os magistrados a buscar soluções a partir do diálogo entre os especialistas na área médica e os gestores públicos.

A Resolução CNJ n.º 107/2010, por sua vez, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos.

A Resolução CNJ n. 238/2016 dispôs sobre a criação e a manutenção, pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e pelos Tribunais Regionais Federais, de Comitês Estaduais da Saúde, bem como determinou a especialização de vara em questões relacionadas com o direito à saúde em comarcas com mais de uma vara de Fazenda Pública.

Importante ressaltar que os Comitês Estaduais de Saúde foram idealizados como uma instância adequada para encaminhar soluções para a melhor forma de prestação jurisdicional na área da saúde, uma vez que possuem composição heterogênea com representação de magistrados estaduais e federais, de primeiro e segundo grau, gestores da área da saúde e demais participantes do Sistema de Saúde (Anvisa, ANS e Conitec) e de Justiça, incluindo-se o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Os Comitês Estaduais de Saúde propõem medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e auxiliam os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário — NAT-JUS.

Os NAT-JUS são constituídos de profissionais da saúde com função de elaborar notas técnicas e pareceres fundamentados na medicina e devem oferecer aos magistrados apoio técnico na sua tomada de decisão em processos relacionados ao direito à saúde.

Com essas iniciativas, houve uma alteração significativa na qualidade das decisões judiciais que passaram a ser fundamentadas em informação técnica. Os juízes começaram a levar em conta as evidências científicas, abordando inclusive em suas decisões a existência de medicamentos ou tratamentos similares já incorporados pela política pública, aptos a atender ao pedido do autor, o que desestimulou o ajuizamento de ações temerárias.

No ano de 2017, foi instituído o Sistema E-NATJUS, plataforma digital que concentra as notas e pareceres técnicos emitidos pelos NAT-JUS estaduais e nacional. O sistema inibe a propositura de ações que veiculem pedidos de serviços ou medicamentos que não estejam recomendados, o que diminui a judicialização da saúde.

No final do ano de 2018, foi instituído NAT-JUS NACIONAL, serviço disponível a todos os magistrados do Brasil, durante as 24 (vinte e quatro) horas dos 07 (sete) dias da semana, para a elaboração de notas técnicas nos casos de tutela de urgência.

O magistrado pode realizar a consulta por meio do sistema E-NATJUS. Os profissionais de saúde do Hospital Albert Einstein, então, elaboram a nota técnica, na qual informam se a demanda é considerada urgente com base nos protocolos médicos, e avaliam, com fundamento nas evidências científicas disponíveis, a eficácia do serviço ou medicamento demandado para a enfermidade em análise.

Com essas novas ferramentas criadas pelo Conselho Nacional de Justiça, os juízes brasileiros passaram a dispor de acesso imediato a fundamentos científicos que contribuem na tomada de decisão e servem como incentivo à judicialização mais responsável e consciente, levando-se em conta o custo-efetividade do processo.

Ressalte-se que a composição dos Comitês Estaduais é heterogênea, mesclando os diversos atores do sistema de Justiça, entre eles, magistrados, defensores públicos, procuradores dos Estados, membros do Ministério Público e gestores da área da saúde. Desta forma, é o foro adequado para a busca dialógica da resolução dos conflitos de saúde, seja na atividade pré-processual, seja durante o curso do processo.

8. A REESTRUTURAÇÃO DO PROJETO CAMEDIS NO DISTRITO FEDERAL

No âmbito do Distrito Federal, a Portaria Conjunta n.º 01, de 26 de fevereiro de 2013, da Secretária de Estado de Saúde do Distrito Federal e da Defensoria Pública do Distrito Federal, instituiu a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde — CAMEDIS, responsável pela mediação nas demandas por serviços ou produtos de saúde oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

O objetivo da CAMEDIS é evitar a judicialização da saúde, seja evitando a propositura de ações judiciais, seja propondo soluções às ações em trâmite. No momento atual, há necessidade de que seja a câmara dotada de maior capacidade de ação e organicidade.

No ano de 2019, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal aprovou o seu Primeiro Plano Estratégico para o período de 2020 a 2025, com quatro projetos: Contribuinte Legal, Inteligência Artificial em Execução Fiscal, CAMEDIS e Precatório Rápido.

A reestruturação do Projeto CAMEDIS (Câmara Permanente Distrital de mediação em Saúde) busca incluir a participação da Procuradoria-Geral do Distrito Federal na referida Câmara e desenvolver painel de judicialização dos litígios de saúde no Distrito Federal.

A articulação da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, da Defensoria Pública do Distrito Federal e da Procuradoria-Geral do Distrito Federal é deveras importante para que novos arranjos institucionais sejam promovidos para a desjudicialização das controvérsias envolvendo o direito à saúde.

Os interesses dos três órgãos são convergentes. De fato, a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal é a responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltadas para a promoção, prevenção e assistência à saúde. Já a Defensoria Pública do Distrito Federal oferece, de forma integral e gratuita, aos cidadãos necessitados a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos. Por fim, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal, como órgão central do sistema jurídico do Distrito Federal, é responsável pela consultoria jurídica e pela representação judicial e extrajudicial do Distrito Federal e de suas autarquias e fundações.

Na maioria dos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a pessoa comprova insuficiência de recursos e solicita a assistência jurídica da Defensoria Pública do Distrito Federal.

A resolução consensual dos conflitos relacionados ao direito ao acesso à saúde traz benefícios não somente para os três órgãos acima mencionados, mas também, e sobretudo, para o cidadão que pleiteia mencionado direito, que receberá com maior celeridade o bem ou o serviço pretendido.

A CAMEDIS deve ser devidamente organizada e planejada para receber os pedidos dos cidadãos necessitados e apresentar soluções rápidas e imediatas. No mesmo local, deverão estar presentes representantes da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, da Defensoria Pública do Distrito Federal e da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, para permitir que a controvérsia seja resolvida de maneira eficiente, eficaz e efetiva.

Assim, se uma pessoa deseja receber determinado medicamento, deve se dirigir à CAMEDIS. No local, haverá um especialista da área de saúde, oriundo da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, que analisará se o medicamento é indicado, recomendável e necessário para o tratamento de saúde do paciente. Estando correta a orientação médica, examinar-se-á se o medicamento deve ser fornecido pelo Estado, se há disponibilidade no estoque ou se há outro medicamento similar que produza os mesmos resultados.

A análise e a discussão sobre o direito ao fornecimento do medicamento terão a participação de membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e da Procuradoria-Geral do Distrito Federal lotados na CAMEDIS, na busca sempre, e em primeiro lugar, da solução consensual do conflito.

Sendo possível equacionar uma solução para o problema apresentado em que estejam de acordo os três órgãos envolvidos, evita-se seja o conflito levado à apreciação do Poder Judiciário.

Com essa medida, ganha o cidadão, que não precisará propor ação judicial e aguardar uma decisão do magistrado e receberá de imediato a solução para o seu problema; ganha o Poder Judiciário, que não receberá mais uma ação judicial; ganha o Distrito Federal, que não terá que alocar recursos para o atendimento de ordem judicial nem terá que adquirir bens e serviços de saúde com custos elevados, sem planejamento e organização do gestor público.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consagra o artigo 198 da Constituição Federal que a saúde “*é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Insere-se no direito fundamental à saúde a possibilidade de obtenção dos tratamentos e medicamentos necessários do Estado, sem a necessidade de ajuizamento de ações no Poder Judiciário, evitando-se, assim, os custos do processo. Faz-se necessário que os direitos humanos fundamentais sejam garantidos a todos os cidadãos, propiciando-se o estabelecimento de uma sociedade fraterna.

Indubitavelmente, a observância e a concretização do princípio constitucional da fraternidade passam pela desjudicialização da saúde. A comunhão de interesses entre os necessitados e o Estado corrobora para a busca de soluções consensuais na resolução de litígios que tenham como causa de pedir o direito à saúde.

O custo-benefício do processo não justifica a interferência do Poder Judiciário na resolução da lide. Devem ser disponibilizados instrumentos que possibilitem o encontro de soluções adequadas de resolução dos conflitos, como as iniciativas que estão sendo levadas a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça, com a criação dos Comitês Estaduais de Saúde e dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário — NAT-JUS, e pelo Distrito Federal, com a reestruturação do Projeto CAMEDIS.

REFERÊNCIAS

BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 70 a 187. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CAHALI, Yussef. **Honorários advocatícios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La condanna nelle spese giudiziali**. 2. ed. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1935.

CORRADI, Marco. **Le spese nel processo civile: prestazioni giudiziali in materia civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições do processo civil**. vol. II. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GICO JR., Ivo. **Introdução ao direito e economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Honorários advocatícios no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Medina. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ONÓFRIO, Fernando Jacques. **Manual de honorários advocatícios**. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAJARDI, Piero. **La responsabilità per le spese e i danni del processo**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959.

ROSENBERG, Leo. **Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts**. 1951. Trad. esp. Angela Romera Vera. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PROJETO BIOMETRIA NA BAHIA 2019/2020: AMPLIAÇÃO DO ACESSO A JUSTIÇA ELEITORAL E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

EDMILSON JATAHY FONSECA JÚNIOR²⁰⁰

1. INTRODUÇÃO

Os recentes acontecimentos do nosso cotidiano político revelam o papel da Justiça Eleitoral (JE) para a consolidação da cidadania, como expressão de direito humano fundamental, garantido na Carta Magna de 1988.

A cidadania, segundo o professor André de Carvalho Ramos²⁰¹, engloba um conjunto de direitos e obrigações referentes à participação do indivíduo na formação da vontade do poder estatal.

Nessa esteira, os magistrados eleitorais vêm aprofundando uma profícua relação com o eleitor, particularmente por meio da Justiça Eleitoral, comprometida com o fortalecimento de nossa democracia e a com efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Acerca da dignidade da pessoa humana, esta representa a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, assegurando-lhe proteção contra todo tratamento degradante e discriminação, não importando nacionalidade, opção política, orientação sexual, religiosa, entre outros fatores de distinção²⁰².

Vale salientar que o cadastramento biométrico da Justiça Eleitoral, iniciado no Estado da Bahia em 2009, foi marcado nos últimos anos por imensas filas e uma série de dificuldades com relação ao agendamento dos serviços bem como de locomoção e tempo de espera dos cidadãos para atendimento,

200. Desembargador do Tribunal Regional Eleitoral do Estado da Bahia, email: gabpre-todos@tre-ba.jus.br.

201. Ramos, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 348.

202. Ibid., p. 348.

muito embora a realização de mutirões aos fins de semana e tomadas outras medidas para solucionar tais problemas.

Diante de tais constatações, a atual gestão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE-BA), visando precipuamente a ampliação do acesso à Justiça Eleitoral, bem como garantir um atendimento humanizado, digno, eficiente e de qualidade aos eleitores baianos, desenvolveu o projeto “Biometria na Bahia 2019/2020”.

O referido projeto “Biometria na Bahia 2019/2020” objetivou cadastrar mais de 2,9 milhões de eleitores baianos que foram convocados para o último ciclo da biometria no Estado, que se iniciou em maio de 2019 e foi finalizado em fevereiro de 2020, abrangendo 281 municípios do interior.

O grande desafio era fazer com que a Justiça Eleitoral alcançasse o eleitorado mais distante da capital, pois restava realizar a revisão biométrica justamente dos eleitores residentes em municípios de difícil acesso, inseridos em localidades mais afastadas dos cartórios e postos eleitorais, como povoados e comunidades remotas.

Para tanto, o primeiro passo do projeto foi realizar audiências públicas nas regiões inseridas no último ciclo, com o escopo de iniciar um processo colaborativo entre Estado e comunidade, buscando diversas parcerias de órgãos governamentais e não governamentais que auxiliassem o TRE-BA na ativação de novos postos de atendimento, bem como para ouvir as reivindicações e necessidades dos gestores locais, sindicatos, líderes comunitários, servidores, advogados e cidadãos da localidade, com a finalidade de solucionar os problemas apresentados.

O TRE-BA também buscou oferecer alternativas àqueles eleitores impossibilitados de realizar o procedimento em horário comercial, de segunda a sexta-feira. Portanto, foram estabelecidos plantões, com o horário de atendimento ampliado e mutirões nos fins de semana.

Para atender lugares onde não foi possível criar postos, foi implantado o “Caminhão da Biometria”, que levou o recadastramento biométrico para as localidades ainda mais distantes dos cartórios e postos eleitorais e, também, para reforçar o atendimento em cidades populosas, a exemplo de Luís Eduardo Magalhães.

Com a finalidade de garantir o atendimento humanizado e digno do eleitor, evitando filas desnecessárias, o serviço de agendamento foi disponibilizado através de três plataformas: site do TRE-BA, WhatsApp e o800.

O último ciclo da biometria encerrou a revisão no Estado da Bahia, tendo atingido significativa parcela do eleitorado e, principalmente, conquistado o marco do cadastramento sem filas, assegurando amplo e irrestrito acesso do cidadão à Justiça Eleitoral, através tanto da Justiça Itinerante quanto da possibilidade de escolher data e hora para realização do procedimento através das plataformas tecnológicas oferecidas.

Por fim, a ideia inovadora desenvolvida no projeto em análise avançou no sentido de compreender os anseios e as transformações da sociedade contemporânea, explorando a potencialidade das soluções apresentadas democraticamente nas audiências públicas, com finalidade de ampliar o acesso à Justiça e, em consequência, dar efetividade aos direitos humanos fundamentais (igualdade, liberdade e fraternidade).

2. MÉTODOS UTILIZADOS

Conforme dito alhures, o último ciclo da biometria no Estado da Bahia iniciado em 13 de maio de 2019 e concluído em 18 de fevereiro de 2020, abrangeu 281 municípios do interior pertencentes a 108 zonas eleitorais, sendo dividida em duas fases.

A primeira fase, que abrangeu 39 cidades, foi finalizada em 31 de outubro de 2019 e a segunda, no dia 18 de fevereiro de 2020, considerando os 242 municípios restantes.

Pouco mais de 2,9 milhões de eleitores baianos foram convocados para este último ciclo da biometria na Bahia. Boa parte desse eleitorado estava inserido em localidades distantes das sedes cartorárias, o que exigiu do TRE-BA um criterioso planejamento para o projeto “Biometria na Bahia 2019/2020”, para ampliar o acesso à Justiça Eleitoral, universalizando o atendimento à população através de prestação de serviço itinerante e de eficiência.

Foram utilizadas importantes ferramentas para desenvolvimento dos trabalhos: divulgação da convocação da JE através de modernos recursos tecnológicos (redes sociais) e de publicidade (outdoor, banners, spots), agendamento por hora marcada, realização de audiências públicas, abertura de novos postos de atendimento presencial e criação do “Caminhão da Biometria”.

2.1. DIVULGAÇÃO ATRAVÉS DAS REDES SOCIAIS E ANÚNCIOS PUBLICITÁRIOS

Considerando a necessidade de ampla divulgação do último ciclo da biometria, foi de extrema relevância o diálogo com ferramentas de publicidade mais modernas. Assim, o Tribunal baiano investiu no impulsionamento de publicações via redes sociais e maximização do uso dos perfis do TRE-BA nas plataformas: Instagram, Facebook e Twitter.

Nesse sentido, foi realizado um total de 528 postagens, distribuídas entre as três redes sociais, e 21 anúncios no Facebook e Instagram, sendo alcançadas pouco mais de 3 milhões (3.073.229) de pessoas por meio de mais de 13 milhões (13.273.744) de exibições.

As redes sociais contribuíram também para facilitar a realização do atendimento por hora marcada. Postagens com a referida temática foram responsáveis por 62.176 cliques de direcionamento para a área de agendamento do site do TRE-BA.

Para alcançar as demais parcelas da população, foram dispostos mais de 40 *outdoors* em Salvador; 130 *busdoors* em 9 municípios; produzidos 120 *spots* para veiculação em rádio e carros de som; elaborados diversos cartazes, centenas de *releases* gerais e específicos (para cada município ou zona), *banners*, faixas e *cards* para divulgação em Whatsapp.

2.2. AGENDAMENTO DA BIOMETRIA POR HORA MARCADA

Outra importante ação foi a implantação do serviço de agendamento pelo site do TRE-BA (agendamento.tre-ba.jus.br) e via central telefônica/WhatsApp (71 - 3373-7223 e 0800 071 6505) para todo o Estado, com grande oferta de vagas.

O serviço de agendamento foi disponibilizado em 9 de maio de 2019, antes mesmo do início da convocação oficial, sendo utilizado por mais de 45 mil eleitores, apenas em seus primeiros 10 dias de funcionamento.

De acordo com os dados fornecidos pelo TRE-BA, foram 365.153 ligações atendidas pelo 0800 e 8.076 agendamentos pelo Whatsapp, além daqueles feitos pelo site, contabilizando 1.348.453 de agendamentos no total.

Assim, contribuíram os agendamentos para o aumento do número de atendimentos realizados pelas zonas eleitorais incluídas no último ciclo da revisão, totalizando ao final 2.139.136 eleitores, apenas entre maio de 2019 e fevereiro de 2020.

2.3. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Um grande passo do projeto a fim de atingir as metas propostas foi a realização das audiências públicas, vinte e quatro no total, na capital e nas regiões inseridas no último ciclo, de forma a garantir a parceria de prefeituras e câmaras municipais, que auxiliaram o eleitoral baiano na ativação de postos de atendimento que pudessem aproximar o eleitor aos serviços da Justiça Eleitoral.

Durante as audiências públicas, foi possível ouvir diversos agentes públicos do interior baiano, que relataram os problemas enfrentados pelos eleitores para ter acesso ao atendimento da justiça eleitoral, principalmente em relação à distância entre os locais onde moram e as sedes de suas zonas eleitorais.

As audiências obtiveram êxito no sentido de sensibilizar os gestores locais a colaborarem no recadastramento dos eleitores e na criação de novos postos da justiça eleitoral: diversas prefeituras e câmaras municipais abriram postos de agendamento para o eleitor e disponibilizaram deslocamento para realização da biometria; também, foram disponibilizados por prefeituras municipais 43 equipamentos roteadores, que são utilizados para garantir a segurança dos dados dos eleitores; e por meio de termos de cooperação com outros órgãos públicos, até a data da última audiência pública, em 19 de julho de 2019, novos postos foram abertos em cerca de 100 (cem) localidades.

2.4. INSTALAÇÃO DE NOVOS POSTOS DE ATENDIMENTO E MUTIRÕES DE FIM DE SEMANA

Com apoio dos gestores públicos locais e sociedade civil, em parceria com a Justiça Eleitoral, foram instalados 158 novos postos de atendimento no período compreendido entre maio de 2019 e fevereiro de 2020.

Com a conseqüente descentralização do atendimento através dos novos postos no interior do Estado, era preciso garantir a transparência do processo biométrico, com ampla divulgação e facilitação do acesso à informação. Foi assim que, em colaboração, o TRE do Maranhão disponibilizou ao Eleitoral baiano um sistema de monitoramento do recadastramento biométrico que, na Bahia, foi batizado de BioMaps.

Este serviço de consulta foi amplamente divulgado junto à população e, principalmente, à imprensa e partidos políticos, o que possibilitou o acesso a números atualizados da biometria realizada.

Além da descentralização do atendimento, com oferta de mais postos, e garantia de comodidade ao eleitor, com a priorização do agendamento, o TRE da Bahia buscou oferecer mais uma alternativa àqueles eleitores impossibilitados de realizar o procedimento nos horários habituais de atendimento, de segunda a sexta-feira.

Para tais casos, foi estabelecida a ampliação de horários nos cartórios eleitorais de maior demanda, através de plantões, e os mutirões de fim de semana. As medidas tiveram início em novembro de 2019, sendo realizadas até o fim do prazo, em fevereiro de 2020.

2.5. CRIAÇÃO DO CAMINHÃO DA BIOMETRIA – JUSTIÇA ELEITORAL ITINERANTE

Uma medida de enorme relevância e inovação foi a criação do “Caminhão da Biometria”, inaugurado em Salvador em 4 de setembro de 2019, para prestação de serviço itinerante que levou o recadastramento biométrico para as localidades mais distantes dos cartórios e postos eleitorais.

O veículo, equipado com oito kits de atendimento, detinha capacidade de recadastrar cerca de 400 eleitores por dia e, para garantir o seu pleno funcionamento, contou com a mobilização e esforço de 76 servidores do TRE-BA durante seis meses, que atuaram das 9 às 17 horas, em dias úteis.

Os municípios que receberam a visita do “Caminhão” foram escolhidos a partir de critérios relacionados ao percentual de biometrizados e o acesso das localidades atendidas, conduzindo a realização de um total de dez rotas, passando por 37 diferentes localidades, o que resultou em 25.878 eleitores atendidos.

3. RESULTADOS ALCANÇADOS COM O PROJETO

Em apenas quatro meses após o início do projeto “Biometria na Bahia 2019/2020”, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (TRE-BA) realizou o recadastramento biométrico de mais de 1 milhão de eleitores.

O número tão expressivo atingido até o dia 13/09/2019 pode ser atribuído à ampla divulgação, priorização e eficiência do serviço de agendamento do Eleitoral Baiano, cuja promoção de uma revisão biométrica sem filas assegurou ao cidadão um atendimento humanizado e digno.

Com o encerramento da primeira fase do recadastramento biométrico em 39 municípios baianos, ocorrido em 31/10/2019, o TRE-BA registrou o

percentual de 85,33% (455.152 mil eleitores) de regularizações nessas cidades, sem registro de filas durante todo o período da revisão.

Através da tabela abaixo, constata-se de forma clara o percentual atingido de eleitores biometrizados em cada um dos 39 municípios que encerraram o recadastramento no dia 31 de outubro de 2019:

Município	Zonas	Eleitorado	Biometrizados	% Biometrizados
SÃO GONÇALO DOS CAMPOS	108	28123	26401	93,88%
CONCEIÇÃO DA FEIRA	108	16786	15682	93,42%
ANGICAL	126	12261	11118	90,68%
RETIROLÂNDIA	196	11948	10830	90,64%
SÃO DOMINGOS	120	7563	6837	90,40%
PIRAÍ DO NORTE	151	6706	5988	89,29%
CANDEAL	114	7575	6725	88,78%
PLANALTINO	37	6623	5834	88,09%
SANTA BÁRBARA	160	18556	16339	88,05%
RIACHÃO DO JACÚIPE	114	26462	23104	87,31%
VALENTE	120	19275	16824	87,28%
TANQUINHO	160	7154	6228	87,06%
PÉ DE SERRA	114	11678	10167	87,06%
JACARACI	92	11745	10185	86,72%
MATINA	113	9207	7980	86,67%
JAGUARARI	179	21748	18792	86,41%
LICÍNIO DE ALMEIDA	117	9811	8478	86,41%
GENTIO DO OURO	68	9238	7970	86,27%
GANDU	151	22626	19495	86,16%
URANDI	117	12819	10995	85,77%
BAIANÓPOLIS	126	11816	10085	85,35%
NOVA FÁTIMA	196	7329	6253	85,32%
CAPELA DO ALTO ALEGRE	196	9666	8224	85,08%
PINDAÍ	117	12619	10661	84,48%

NOVA IBIÁ	151	5452	4587	84,13%
IBIPEBA	176	13554	11385	84,00%
ITAGUAÇU DA BAHIA	68	10379	8683	83,66%
CARDEAL DA SILVA	144	7472	6249	83,63%
LAJEDO DO TABOCAL	37	6361	5306	83,41%
MORTUGABA	92	9480	7900	83,33%
ENTRE RIOS	144	32176	26549	82,51%
CRISTÓPOLIS	126	11953	9848	82,39%
BARRA DO MENDES	176	12307	10137	82,37%
RIACHO DE SANTANA	113	23687	19369	81,77%
LAMARÃO	160	8318	6704	80,60%
ITAMARI	151	6579	5265	80,03%
MARACÁS	37	21346	16969	79,49%
XIQUE-XIQUE	68	35577	27914	78,46%
ITIRUÇU	37	9387	7092	75,55%

Dados extraídos do biomaps *Fonte: Assessoria de Comunicação do TRE-BA*

Os avanços alcançados pelo Caminhão da Biometria, por sua vez, implementado em complementação a outras medidas que visaram atender a população mais afastada das sedes dos municípios e facilitar o acesso da mesma aos serviços da Justiça Eleitoral, foram marcantes e expressivos. Veja-se.

Os serviços da Justiça Eleitoral foram prestados de forma itinerante, propiciando a universalização do atendimento e a inclusão de 37 diferentes localidades, especialmente povoados e comunidades distantes, atraindo eleitores de mais de 60 municípios das regiões por onde o caminhão passou.

Em sua totalidade, o Caminhão da Biometria percorreu 10 rotas, previamente estabelecidas, com início em 04/09/2019, até 18/02/2020, totalizando o número de 25.878 atendimentos. Sendo assim, foram escolhidas as cidades: Andaraí, Barra, Botuporã, Brejão da Grota, Campo Alegre de Lourdes, Capim Grosso, Cariparé, Castro Alves, Iaçú, Ibotirama, Igrapiúna, Iraquara, Itatim, Laje, Luís Eduardo Magalhães, Macaúbas, Mansidão, Milagres, Ouricuri, Palmeiras, Pedro Alexandre, Pilão Arcado, Presidente Tancredo Neves, Recife de Jussara, Salvador, São Benedito, São José do Rio Grande, São Miguel das

Matas, Tanque Novo, Tanquinho de Lençóis, Tapiraípe, Tingui, Tiquara, Uibaí, Várzea do Poço, Várzea Nova e Vila do Conde.

A fim de atender o máximo possível de eleitores, o TRE-BA, através da Assessoria de Comunicação Social (Ascom), realizou a divulgação de todos os roteiros do caminhão por meio de mais de trinta *releases* enviados à imprensa local; *spots* informativos para a imprensa e carros de som; *cards* informativos para divulgação via WhatsApp; e as redes sociais do Eleitoral baiano.

A seguir, confira-se imagens da passagem do Caminhão da Biometria em diversas localidades do Estado, levando os serviços prestados pela Justiça Eleitoral de forma itinerante, inclusiva e acessível à população baiana:

Desta forma, o resultado final contabilizou o atendimento de 25.878 cidadãos por meio do “Caminhão da Biometria”, o que contribuiu muito para que eleitores de comunidades remotas participassem no resultado final de 92% do eleitorado baiano biometrizado ao fim do período de recadastramento obrigatório, tornando a Bahia o primeiro Tribunal de grande porte a finalizar a revisão biométrica.

No que tange às Audiências Públicas, foram realizadas 24 no total, buscando a colaboração e parcerias com os gestores locais, além de entidades da sociedade civil, com a finalidade de obter infraestrutura adequada para atendimento dos cidadãos, bem como a prestação do serviço eleitoral de forma satisfatória.

O objetivo pretendido com as audiências foi alcançado mediante a celebração de convênios que possibilitaram a instalação de 158 novos postos da JE nos municípios escolhidos, dentre os quais 106 permaneceram em funcionamento como postos efetivos, após a finalização da biometria, a exemplo de Boa Vista do Tupim, Caatiba, Conceição da Feira, Gavião, Muguê, Rodelas, Paratinga, Almadina, Capela do Alto Alegre e Iuiú.

Na sequência, imagem da Audiência Pública realizada na cidade de Pilão Arcado.



Desta forma, o projeto “Biometria na Bahia 2019/2020”, que contemplou o último ciclo da revisão entre maio de 2019 e fevereiro de 2020, ultrapassou as metas definidas pelo TSE, obtendo os seguintes resultados:

Resultados alcançados pelo novo projeto:	
Eleitorado total:	4.553.153
Biometrizados:	3.976.902 = 87,34% do eleitorado
Meta de revisões:	2.878.161
Audiências públicas realizadas:	24
Agendamentos:	1.348.453
Atendimentos via 0800:	365.133
Atendimentos via whatsapp:	8.076
Postos de atendimento instalados:	158
Mutirões:	19
Visitas técnicas:	9
Municípios visitados pelo Caminhão da Biometria:	34
Total de atendimentos:	3.606.128
Alistamentos:	486.327
Transferências:	344.261
Revisões:	2.775.540

Ao finalizar a revisão biométrica no Estado, em fevereiro de 2020, o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia tornou-se o primeiro Regional de grande porte a finalizar o procedimento no país e, também, possui o segundo maior banco de dados biométrico do Brasil, em números absolutos, atrás apenas do Estado de São Paulo. Veja-se.

ESTADO	ELEITORADO TOTAL	ELEITORADO BIOMETRIA
BAHIA*	10.893.088	10.090.349 (92,63%)
SÃO PAULO	33.565.287	23.626.206 (70,39)
MINAS GERAIS	15.889.537	8.480.307 (53,37%)
RIO DE JANEIRO	12.455.812	7.385.921 (59,30%)

*A diferença entre o eleitorado total e o eleitorado com biometria na Bahia, deve-se aos eleitores que tiveram os efeitos do cancelamento suspensos, por conta da pandemia de COVID-19. Esses eleitores poderão votar nas eleições 2020, mas, deverão comparecer na reabertura do cadastro eleitoral para regularizar a situação.

Conclui-se, assim, que a experiência inovadora alçada através do projeto em análise levou ao encerramento da revisão biométrica no Estado da Bahia no ano de 2020, conquistando o marco do cadastramento sem filas, contando o cadastro baiano atualmente com 10.090.349 eleitores biometrizados.

4. DISCUSSÃO

A Justiça Eleitoral no exercício da sua competência constitucional e visando precipuamente o aprimoramento dos pleitos eleitorais e o exercício pleno da cidadania, iniciou em 2008 uma etapa de modernização do processo democrático com a implantação do Programa de Identificação Biométrica, utilizando-se da tecnologia para reconhecimento individual do eleitor, consubstanciada em dados biométricos (impressões digitais).

O referido programa de âmbito nacional envolveu pouco mais de 40 mil eleitores nos municípios de Colorado do Oeste (RO), São João Batista (SC) e Fátima do Sul (MS). Tanto o cadastramento biométrico quanto o reconhecimento das digitais durante as eleições subsequentes foram um sucesso.

Com estabelecimento de metas audaciosas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) nos anos seguintes, alcançou-se nas eleições do ano de 2018, o número expressivo de 87.363.098 eleitores aptos a votar por meio da identificação biométrica, (59,31% do eleitorado total de 147.306.275) em 2.793 Municípios (48,65% do total, de 5.570).²⁰³

Decerto, o TSE continuou atribuindo metas anuais para os Estados da Federação para fins de conclusão da revisão biométrica prevista para o ano de 2022.

No que toca ao Eleitoral Baiano, os objetivos definidos para 2019 foram de 2.878.161 eleitores a biometrizar; de 1.100.000, para 2020, e de 1.100.000, para 2021, conforme informações obtidas no site do TSE²⁰⁴.

A propósito, o trabalho biométrico desenvolvido no Estado da Bahia foi iniciado em 2009, na cidade de Pojuca, e, de lá pra cá, o TRE-BA enfrentou esse desígnio com muita seriedade e determinação.

Em fevereiro de 2019, quando a atual gestão assumiu o Tribunal, constatou-se que cerca de 70% do eleitorado baiano já se encontrava biometrizado. Então, restaria apenas 30% de eleitores pendentes de revisão biométrica, o

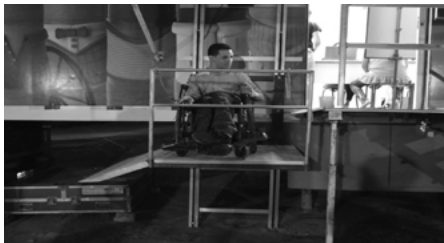
203. Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleitor/biometria/biometria> acessado em 01/07/2020.

204. Disponível em <http://www.tse.jus.br/eleitor/biometria/informações-sobre-o-planejamento-da-biometria-2017-2022> acessado em 01/07/2020).

que, em tese, não apresentaria maiores dificuldades para, enfim, concluir a biometria no Estado.

Entretanto, ao proceder um estudo estratégico com a finalidade de identificar onde se encontravam esses eleitores, constatou-se que o desafio seria grande, vez que restava justamente uma parcela da população residente em municípios mais distantes da Capital. Observou-se, também, que dentre esses municípios/localidades, havia alguns que não dispunham de cartórios ou postos do TRE, devido a extinção de diversas zonas eleitorais em anos anteriores.

Assim, a partir desse momento, começou-se a refletir sobre a melhor forma para atingir esse eleitorado de modo célere e eficiente, bem como atraí-lo para



a revisão biométrica sem grandes sacrifícios.

Nesse contexto, a ideia de promover a Justiça Eleitoral Itinerante, modalidade moderna, social e democrática de levar a Justiça aos cidadãos, pareceu bastante promissora.

Sabe-se que a Justiça Itinerante é criação tipicamente brasileira, introduzida na Constituição Federal de 1988 pela Emenda nº 45, de 09.12.2004²⁰⁵. O termo expresso em nossa Carta Magna, significa um meio de possibilitar uma ampla prestação jurisdicional pelo Estado, notadamente no campo eleitoral, onde o cidadão pode exercer, no local em que reside, a plenitude de sua cidadania.

Com efeito, sendo o voto obrigatório em nosso país, a Justiça Eleitoral deve viabilizar o acesso do eleitor, que mora distante da respectiva zona, e que precisa, na maioria das vezes, percorrer longas distâncias, facilitando a regularização da sua situação eleitoral.

Dito isto, buscou-se com o projeto “Biometria na Bahia 2019/2020” aproximar a JE da população, o que efetivamente aconteceu com a realização das Audiências Públicas e com a implementação do Caminhão da Biometria.

As audiências públicas proporcionaram um encontro entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além de organizações não governamentais e setores da sociedade civil, iniciando um processo de oitiva das necessidades e reivindicações da comunidade local no que tange à Justiça Eleitoral, bem como impulsionaram a cooperação entre todos os envolvidos.

Uma vez identificadas as dificuldades, que residiam basicamente em falta de acesso dos eleitores ao agendamento eletrônico (pelo site ou telefone) e/ou, após agendamento, ausência ou impossibilidade de meios de locomoção até a sede da zona eleitoral, buscou-se a tomada de ações afirmativas para o enfrentamento da questão.

Decerto que a mola propulsora para o sucesso do projeto foi a gestão humanizada, que percebeu na colaboração entre agentes sociais (mais de 100 organizações públicas e privadas) uma solução para o problema de alcance coletivo.

Também foram essenciais, além das audiências públicas, a disponibilização do sistema BioMaps, cedido pelo TRE Maranhão (garantindo transparência e acesso da mídia e da população a números atualizados), e um grande trabalho de divulgação (feito pelo empenho não só da equipe de comunicação do TRE-BA, como por diversas organizações parceiras).

O maior desafio a ser vencido, eram as distâncias entre os postos de atendimento e as localidades onde vivem os eleitores que ainda não haviam feito a revisão biométrica. Essa limitação foi ultrapassada com a ajuda dos parceiros locais, na sua maioria executivo e legislativo municipais, que viabilizaram

205. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acessado em 07/07/2020.

parte da estrutura para a implantação dos postos avançados, os mutirões e o Caminhão da Biometria.

Atualmente, após o final do período de cadastramento obrigatório e alcançado o número de 92,63% do eleitorado baiano biometrizado, o trabalho da Justiça Eleitoral baiana tem impulsionado seus esforços para regularizar a situação daqueles que não atenderam ao chamado da JE, tendo seus títulos cancelados. Esse processo tinha previsão de ser finalizado em 06 de maio, quando o cadastro eleitoral fecharia em todo o país para as Eleições 2020.

Ocorre que, em razão da pandemia da COVID-19, foi baixada a Portaria de nº 104/2020 pela Presidência do TRE-BA, que determinou, a partir de 17/03/2020, a suspensão do atendimento ao público de forma presencial.

Assim, para assegurar ao cidadão o direito previsto no Código Eleitoral de se alistar como eleitor, transferir o seu domicílio eleitoral ou regularizar a sua inscrição com vistas a votar nas Eleições 2020, foi disponibilizada a ferramenta “Título Net”, por meio da qual o eleitor poderia solicitar os mencionados serviços remotamente.

Nesse período, o TRE-BA registrou mais de 70 mil requerimentos de eleitores para alistamento, transferência ou revisão de dados por meio do atendimento remoto.

Por fim, dentre outras medidas com a finalidade de diminuir os efeitos da pandemia de COVID-19, a Justiça Eleitoral permitiu que os eleitores que não compareceram ao último ciclo de revisão (2019/2020) e que, em consequência, tiveram os títulos cancelados, possam votar nas Eleições 2020, exercendo em plenitude a cidadania e os seus direitos constitucionalmente garantidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade vem sendo desafiada, dia a dia, por constantes transformações e enfrentamento a uma diversidade de acontecimentos novos e até então inimagináveis. Tais mudanças imprimiram a necessidade de uma reconfiguração do papel Poder Judiciário, mirando novas perspectivas e ideais de Justiça, utilizando-se como elemento propulsor os direitos humanos fundamentais, regatando princípios constitucionais de extrema relevância para a vida em sociedade.

Nessa ordem de ideias, a Justiça Eleitoral tem se preocupado em avançar na prestação de um serviço célere e eficiente, viabilizando o exercício, pelo povo, de seu dever-poder, cuidando, portanto, do processo eleitoral. Isso

significa dizer que cabe à jurisdição eleitoral desenvolver um conjunto das ações humanas necessárias à concretização do exercício do poder político.

Refletindo sobre o tema e a atual conjuntura social, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em sua brilhante obra “O princípio constitucional da fraternidade”, afirmou:

Com o progresso tecnológico representado pela evolução dos meios de comunicação e a possibilidade inédita de conexão entre os integrantes de uma mesma comunidade política sobre determinada questão pública em tempo reduzido, independentemente das dificuldades do multiculturalismo e das diferentes concepções da vida boa na esfera pública, o regime democrático encontra desafios de atualização em contexto hodierno, principalmente no tocante à representação popular pelo mandato eletivo. Ganha relevância, a propósito, a metodologia de tomada de decisões coletivas pela via direta, sob as luzes da democracia participativa.²⁰⁶

Registre-se que a mudança de paradigmas dentro das instituições e, principalmente quando se trata de Justiça, é tarefa árdua e complexa, mas o Ministro é categórico ao concluir:

Assim, precisamos de um Sistema de Justiça eficiente e célere, que acompanhe as transformações sociais, mas que, ao mesmo tempo, garanta os direitos humanos fundamentais, propiciando sempre a abertura para uma sociedade fraterna.²⁰⁷

Nesse diapasão, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos²⁰⁸”.

Com espeque nessas reflexões, pode-se afirmar que foi desenvolvida a ideia inovadora consubstanciada no projeto “Biometria na Bahia 2019/2020” do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, tendo como pressupostos os direitos fundamentais, especialmente, a dignidade, a fraternidade e o acesso à justiça.

206. FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 66.

207. *Ibid.*, p. 109.

208. CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. 1ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 12.

Através do projeto, comprovou-se que é possível ir além das perspectivas para fins de superação de desigualdades sociais e econômicas da população brasileira, especialmente no que tange à distribuição da Justiça.

Destaca-se a iniciativa na realização de audiências públicas em mais de 20 Municípios do interior e a prestação do serviço de forma itinerante com a criação do “Caminhão da Biometria” que contribuíram sobremaneira para a ampliação do acesso à Justiça Eleitoral aos cidadãos baianos.

Por conseguinte, o projeto inovou ao conclamar a sociedade civil e os Entes Estatais, na pessoa dos agentes políticos, para apoiar e colaborar na implantação de postos em localidades onde não havia atendimento da Justiça Eleitoral, especialmente distritos e povoados distantes das cidades.

Assim, o TRE-BA promoveu uma prestação jurisdicional moderna e afastada de ritos processuais ultrapassados, com ênfase na celeridade do processamento eleitoral visando expandir suas ações afirmativas e de responsabilidade social em defesa da Cidadania.

REFERÊNCIAS

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 216-217.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003. BRASIL.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 7 de julho de 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo. Ed. Moderna. Col. Polêmica, 2004.

FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.

SADEK, Maria Teresa Aina. **Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social**. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>. Acesso em: 7 de julho de 2020.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade Moderna**, in Participação e processo, São Paulo, Ed. RT, 1988.

IMPROBIDADE E IMPROPRIDADE: DEPURAÇÃO DO REPERTÓRIO CONCEITUAL E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO²⁰⁹
KALIL SAUAIA BOAHID MELLO ALMEIDA²¹⁰

1. INTRODUÇÃO

A experiência brasileira com escândalos de corrupção, tem como efeito uma preocupação acentuada, por parte da própria população e de agentes públicos em todas as esferas, com a higidez da administração pública e do processo político.

No direito, a ideia de *Compliance* está cada vez mais em voga e o objetivo é justamente o estabelecimento de procedimentos de transparência e combate à corrupção. Em um país como o Brasil, que tem como marco de sua redemocratização a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, essas iniciativas são louváveis, mas como tudo, há que se ter a necessária parcimônia.

Por mais louvados os objetivos de combate à corrupção, não se pode permitir uma nova “caça às bruxas”, ao arrepio dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e em prejuízo da adequada dogmática jurídica.

A preocupação, aqui, é com a improbidade administrativa, que a despeito da importância recebida na prática jurídica e na vida política concreta, não recebe a atenção devida da doutrina no sentido de um esforço de sistematização da matéria. Não apenas isso, há uma certa estagnação dogmática, não

209. Desembargador Federal do Trabalho – 16ª Região e ex Presidente do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho – CONEMATRA. Mestre em Direito Público. Membro fundador do Instituto Maranhense de Direito Comparado – IMDIC.

210. Advogado, sócio do escritório Gabriel Costa Advogados Associados. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNDB. Diretor Administrativo do Instituto Maranhense de Direito Comparado – IMDIC.

se encontrando muitos juristas preocupados com a depuração técnica dos conceitos ligados à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Em grande medida, a consolidação do acervo teórico disponível sobre o tema é realizada pela jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não obstante, para avançar mais é preciso instaurar um diálogo com os entendimentos consolidados, tudo com intuito de aprimoramento conceitual.

Como mencionado, há uma legítima preocupação da sociedade como um todo acerca do combate à corrupção. Isso reflete na jurisprudência, notando-se, então, um recrudescimento do tratamento da improbidade no âmbito do próprio STJ. O problema exurgente é saber se as condutas punidas sob a rubrica da improbidade verdadeiramente configuram atos de má-fé de agentes públicos ou se configuram atos de mera irregularidade administrativa.

O objetivo geral é depurar o conceito de improbidade administrativa, para possibilitar uma aplicação mais adequada da Lei nº 8.429/1992. A partir dessa premissa, erigem-se os seguintes objetivos específicos: a) estudar a relação entre o princípio da moralidade administrativa e a improbidade; b) verificar os direitos e garantias que devem assistir o acusado na Ação de Improbidade, possibilitando extrair-se o regime jurídico aplicável; c) analisar os elementos necessários para a configuração do ato improprio, estabelecendo a diferença entre improbidade e irregularidade administrativa.

O método utilizado na pesquisa foi o hipotético-dedutivo, estabelecendo-se a hipótese de que a diferença entre improbidade e irregularidade administrativa reside na má-fé do agente, submetendo essa ideia à tentativas de falseamento, após as quais é possível estabelecer-se uma resposta provisória ao problema aventado.

2. A RELAÇÃO ENTRE MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A IMPROBIDADE

Embora não seja comum os doutrinadores do Direito Administrativo perquirirem sobre o tema, a questão do princípio da moralidade administrativa, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), é indissociável da própria relação entre Direito e Moral. De fato, trata-se de uma das maiores polêmicas da filosofia do Direito, de tal maneira que não é possível apenas “passar por cima” da temática e concluir que o princípio da moralidade tem um conteúdo “X” ou “Y”.

Ao suscitar a essa discussão, a intenção não é fazer uma revisão das posições sobre o tema ao longo da história, basta situar-se e tomar uma posição atual sobre a matéria para que as conclusões não derivem de opinião arbitrariamente tomada pelos autores.

O que não é admissível, dada a máxima vênia, é que se continue a tratar do tema a partir de afirmações genéricas sobre a relação entre direito e moral, tal como faz, por exemplo, Di Pietro (2017) ao argumentar que haveria categórica e antiga distinção histórica entre Direito e Moral, que poderia ser representada pela metáfora dos círculos concêntricos: a Moral circunscreveria o âmbito do círculo maior, enquanto o Direito seria o círculo menor.

O tema é complexo, razão pela qual requer certo aprofundamento antes que se possa chegar a uma conclusão devidamente embasada e que explicita os seus pressupostos teóricos.

2.1 UMA VELHA QUESTÃO: DIREITO E MORAL

Se houvesse o consenso defedido por Di Pietro, Kelsen não teria dedicado boa parte de sua Teoria Pura do Direito a defender a separação entre Direito e Moral. O problema enfrentado pelo jusfilósofo dizia respeito ao fundamento de validade de um dado conjunto normativo, ou seja, qual elemento confere a característica da obrigatoriedade a norma jurídica.

De acordo com o princípio metodológico kelseniano, a ciência do direito não poderia buscar a resposta a partir de um “direito ideal” ou de um dado princípio moral, sob pena de contaminação. Uma ciência do direito que se preze enquanto tal não tem como buscar a legitimidade do seu objeto de estudo através de um fator estranho ao próprio elemento jurídico, tampouco se pode permitir respostas morais, não objetivamente verificáveis.

A resposta de Kelsen (2009a) é que o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma. A norma que fundamenta outra é superior em relação a esta, enquanto que a fundamentada é inferior em relação à primeira. Mas, ainda assim, fica a questão do regresso *ad infinitum* desta cadeia. A saída deste paradoxo se dá com a norma hipotética fundamental:

Uma pluralidade de normas constitui uma unidade, um sistema, uma ordem normativa se sua validade pode ser referida a uma norma única como fundamento último desta validade. Essa norma fundamental constitui, em qualidade de última fonte, a unidade da pluralidade de todas as normas que constituem uma ordem. Se uma norma pertence a uma determinada ordem normativa, é

porque sua validade pode ser referida a norma fundamental da mesma (KELSEN, 2009b, p. 63, tradução livre²¹¹).

Com isso, Kelsen (2009b) separa, pelo menos para efeitos de sua Teoria do Direito Puro, os âmbitos do Direito e da Moral, o que só prova que não há como aceitar-se a posição pressuposta por Di Pietro (2017), de que haveria alguma espécie de consenso doutrinário sobre a questão. Também a separação proposta por Kelsen, pressuposto da sua forma de pensar o positivismo jurídico, também não é solução viável para o dilema.

Solução mais adequada é decorrente da Teoria do Discurso em Habermas, ainda que não se possa aceitar plenamente seu pensamento pós-metafísico²¹² e o seu procedimentalismo²¹³.

De acordo teoria do discurso habermasiana, as sociedades contemporâneas são marcadas por um multiculturalismo cada vez mais acentuado, em que se percebe que cada cidadão tem sua identidade formada a partir de um contexto cultural específico. Por essa razão, um discurso ético único não é eficaz para fins de regulação social, de modo que só num contexto dialógico, abrangente e voltado ao consenso é que se pode exercer a empatia para com as diferenças recíprocas entre os diversos grupos sociais e resolver o modo de vida daquela comunidade política (HABERMAS, 2013).

Desse modo:

Um consenso normativo, formado em condições de participação livre e universal no contexto de um discurso prático, estabelece uma norma válida (ou confirma a sua validade). A ‘validade’ de uma norma moral significa que ela

211. No original: “Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, un orden si su validez puede ser referida a una norma única como fundamento último de esta validez. Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden. Y si una norma pertenece a un determinado orden, es por la razón de que su validez puede ser referida a la norma fundamental del mismo”.

212. A questão do pensamento pós-metafísico em Habermas é concernente à Hermenêutica. O problema surge porque a teoria habermasiana busca separar discursos de fundamentação e discursos de alicação. Os discursos de fundamentação dizem respeito ao processo legislativo e se refere à justificação universal da validade jurídica de uma norma que se quer pôr no ordenamento jurídico, enquanto que os discursos de aplicação estão implicados nos processos jurisdicionais e se destinam à verificação da adequação de uma norma válida a um caso concreto (HABERMAS, 2012). Para a Hermenêutica Filosófica de cariz gadameriano, contudo, não se pode separar aplicação de interpretação das normas jurídicas, e isso porque o processo compreensivo se dá de tal forma que interpretar um texto é aplica-lo à situação concreta do intérprete (GADAMER, 1988).

213. O debate entre procedimentalistas e substancialistas é próprio do Direito Constitucional, e diz respeito ao papel do Poder Judiciário no Controle de Constitucionalidade. O substancialismo é uma posição mais adequada porque a atividade do Poder Judiciário não pode ser limitada à mera análise de correção dos procedimentos, sendo imperiosa uma análise substantiva dos direitos, primordialmente dos direitos fundamentais.

‘merece’ o reconhecimento universal em virtude de sua capacidade de, por meio da razão somente, obter o consentimento da vontade daqueles a quem se dirige. O mundo moral que nós – na qualidade de pessoas morais – temos de produzir juntos tem um sentido construtivo. (HABERMAS, 2013, p. 65-66).

Neste contexto, se erige o princípio da democracia através da institucionalização de uma prática discursiva no processo de produção normativa. O processo legislativo pressupõe a possibilidade de participação, em condições de igualdade, nos processos de formação de opinião e de tomada de decisão política, onde acentua-se a necessidade do participante estar disposto à cooperação, sendo necessário, por vezes, o empreendimento de negociações equitativas, previamente reguladas, entre os grupos políticos para a tomada de decisão (HABERMAS, 2012).

Trata-se de uma concepção sobre a institucionalização de procedimentos democráticos que é caudatária de uma percepção filosófica sobre a intersubjetividade, sem, contudo, deixar de ser pragmática na descrição do fenômeno da formação da vontade política.

O que se prega na teoria do discurso é justamente uma forma dialógica de se pensar a democracia e o fenômeno jurídico. A Constituição, sob essa ótica, deve preocupar-se primordialmente com a instituição de procedimentos legítimos²¹⁴ para a deliberação política, assim como deve assegurar as mínimas condições aos cidadãos para que a participação política se dê em condições de igualdade discursiva:

O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa:

214. É possível que o jurista compreenda melhor a teoria do discurso através das implicações do foco nos procedimentos de legítima formação da vontade política. Nesse sentido, veja-se a anotação de Oliveira (2016, p. 110): “Nesse quadro, o processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito, pode ser caracterizado como uma sequência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais, e, realizados discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma *sociedade aberta de interprete da Constituição*, visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, nesse caso de provimentos normativos legislativos, que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica”.

mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos (HABERMAS, 2012, p. 326).

Como já dito acima, não há como concordar com uma visão meramente procedimental da jurisdição constitucional, mas é interessante perceber que, no cerne da teoria habermaseana, está a proteção a esse sistema de direitos que garante a participação em condições de igualdade. Basicamente, o que está a tratar aqui é a proteção dos direitos fundamentais²¹⁵, como base da própria ideia de democracia.

Os conteúdos morais entram na discussão da formação da vontade política enquanto medida para um direito justo, porém isto não significa uma moralização do direito, ou que o direito possa ser corrigido pela moral, significa apenas que: “[...] certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade” (HABERMAS, 2012, p. 256).

A validade do direito, então, é colhida dos próprios procedimentos de formação das leis, garantidas as condições do discurso democrático, sem recair no fundamento metafísico externo da normal hipotética fundamental de Kelsen, ou de um dado sistema axiológico abstrato e externo ao elemento do jurídico²¹⁶.

Há uma *cooriginariedade* entre Direito e Moral, mas o Direito a partir do momento que institucionaliza a Moral não mais retira sua validade dela, e sim da própria Constituição. A partir desse ponto, o Direito, produto dos processos de formação da vontade política no Estado Democrático de Direito,

215. A designação “direitos fundamentais”, aqui, não pode ser confundida com direitos da chamada 1ª geração. A expressão é utilizada em sentido amplo, alcançando direitos individuais, sociais, políticos e da coletividade, posto que é o conjunto desses direitos que garante as condições de uma efetiva democracia.

216. A questão também pode ser tratada sob o prisma da autonomia jurídica. Conforme Oliveira (2016), por meio do processo democrático de formação das leis, nos termos da teoria do discurso, institui-se um nexos entre a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos, que são cooriginárias da autonomia jurídica. Esta, por sua vez, ramifica-se no uso das liberdades políticas (comunicativas) e no uso das liberdades individuais (subjetivas), sem que se reduza o processo à uma escolha ética (liberais) ou ao direito de autorrealização ética (republicanos). De fato, a autonomia jurídica só é compreendida quando se verifica que há a presença das duas facetas, mediada pelo processo legislativo democrático.

deve ser visto a partir de um elevado grau de autonomia frente não só à moral, como também à economia e à política (STRECK, 2014).

2.2 CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Se é verdade que há relação de *cooriginariedade* entre Direito e Moral, mas que a validade no âmbito jurídico deve dizer respeito apenas à Constituição, o princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CRFB/88) não pode ser interpretado de maneira a permitir que uma dada moral social regule condutas no âmbito da Administração Pública.

Por isso mesmo é que não pode admitir posições como a de Fernandes (1997, p. 103), quando afirma que: “O ato de imoralidade – segundo a lição dos doutos – afronta a honestidade, a boa-fé, o respeito à igualdade, as normas de conduta aceitas pelos administrados, o dever de lealdade, a dignidade humana e outros postulados éticos e morais”. Ao incluir no princípio “postulados éticos e morais”, alarga-se em demasia o seu conteúdo tornando-o até mesmo indeterminado.

Essa posição é compartilhada por Moraes (2013, p. 338), ao afirmar que: “A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos no art. 37, §4º, da Constituição Federal [...]”. É como se houvesse uma confusão entre os conceitos, como se fosse supérflua a distinção, entendida pela própria Constituição, entre os termos improbidade e moralidade administrativa. Ora, se é certo que uma conduta imoral pode caracterizar ato de improbidade, também é certo que é necessária a comprovação do dolo (arts. 9º e 11, da Lei nº 8.429/1992) ou culpa grave (art. 10, da Lei nº 8.429/1992)²¹⁷. Isso por si só afasta a confusão conceitual, não havendo que confundir-se a orientação principiológica com o ato punível.

Em outro trecho de sua obra, Moraes (2013, p. 377) dispõe, ainda, que: “O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, [...] afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público [...]”. Aqui, embora se ressalte a questão do elemento subjetivo da conduta, essencial à caracterização do ato punível, incorre-se na

²¹⁷ A questão do elemento subjetivo necessário à configuração da improbidade será analisada adiante. A classificação desde logo esboçada no texto transparece o entendimento atual da jurisprudência do STJ, que será objeto de análise própria.

indevida ampliação do conceito de improbidade, relacionando-o a elementos extrajurídicos e inapreensíveis concretamente, tais como, “padrões éticos e morais da sociedade”.

Por isso mesmo, correta é a posição de Bandeira de Mello (2016, p. 124):

Quanto a nós, também entendendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.

Também o conceito do ato improprio não pode fugir da inescapável impossibilidade de justificação ou correção do Direito pela Moral. O ato de improbidade implica a possibilidade de acionamento do direito sancionador (art. 37, §4º, da CRFB/88²¹⁸), o que só reforça a necessidade de que a definição do que é improbidade seja exclusivamente dependente das regras e princípios contidos em Lei.

A punição à improbidade é, portanto, decorrente do âmbito de proteção do princípio da moralidade administrativa, de tal modo que toda conduta impropria é imoral do ponto de vista da normatividade constitucional. Contudo, e é preciso que isso fique bem claro, até mesmo pela necessidade de taxatividade para legitimidade do direito sancionador, não há como subsumir-se princípio da moralidade na punição da improbidade, isto é, o ato não é automaticamente punível pela mera desobediência ao princípio da moralidade administrativa²¹⁹.

218. “§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

219. É por essa razão que não há como admitir-se a tese de Fernandes (1997, p. 102-103): “De nossa parte, divergindo dos que assim pensam, entendemos: a) moralidade e probidade administrativas são noções bem claramente distintas, que se não podem confundir ante os textos legais que, a partir da Constituição Federal, a elas se referem; b) por esses mesmos textos, é forçoso reconhecer, como demonstraremos a seguir, que a probidade é que é o gênero, do qual a moralidade é espécie, haja vista a maior amplitude e o maior alcance emprestados à primeira, pela Constituição Federal e pela legislação ordinária. [...] Em suma, podemos dizer que todo ato contrário à moralidade administrativa é ato configurador de improbidade. Porém, nem todo ato de improbidade administrativa representa violação à moralidade administrativa”. Di Pietro (2017) adota tese semelhante, afirmando que a infração da moralidade é apenas uma das hipóteses puníveis sob a rubrica da improbidade. Mais adequado é o pensamento de Figueiredo (2013, p. 896), segundo o qual toda preocupação com a higidez da administração e o combate à corrupção administrativa, colhe seu fundamento por meio de “uma nova perspectiva que tem seu assento constitucional (no Brasil),

Isso fica mais claro ao se analisar a concepção de Giacomuzzi (2004) sobre o princípio da moralidade administrativa. Ampliando a concepção introduzida na conceituação supracitada, o autor sugere a existência de duas facetas distintas do princípio da moralidade administrativa: a) a primeira, que pode ser deduzida do art. 5º da CRFB/88 (especialmente do inciso LXXIII) diz respeito ao controle da legalidade interna do ato administrativo, isto é, da ocorrência de desvios de finalidade (vícios de conteúdo, motivo e de intenção); b) a segunda faceta é a proteção do princípio da boa-fé objetiva (art. 37, *caput*, da CRFB/88) e da boa-fé subjetiva (art. 37, §4º, da CRFB/88). Tudo isso indica que punição da improbidade, enquanto decorrente do princípio da moralidade, necessitará da perquirição do elemento subjetivo da conduta (FERREIRA, 2019; GIACOMUZZI, 2004).

Dessa forma, e para finalizar a questão do conceito de improbidade, adota-se a posição de Figueiredo (2013, p. 896):

Podemos dizer que o art. 37, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil traz um conceito *constitucional* novo que é o *ato de improbidade administrativa*. Ou se quisermos de outro modo explicar o fenômeno. O desgaste e a insuficiência normativa e pragmática (no campo eficaz) dos tradicionais tipos penais alusivos aos chamados “Crimes contra a Administração Pública”, seja os chamados “Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral” (tais como, o peculato e suas variadas formas, o emprego irregular de verbas públicas, a concussão, o excesso de exação, a corrupção passiva, a prevaricação, a condescendência criminosa, a advocacia administrativa) e em parte os chamados “Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral”, *em especial*, o tráfico de influência, a corrupção ativa e o impedimento, perturbação ou fraude a concorrência; levou à necessidade do desenvolvimento do chamado *direito administrativo sancionador* no âmbito do direito interno de um lado, e do direito internacional convencional de outro, todos procurando confrontar o tema do combate à imoralidade administrativa no mundo globalizado. Esse conjunto de normas que nasce e se desenvolve no direito administrativo aos poucos ingressa no direito constitucional positivo brasileiro e lá se estabelece na Constituição de 1988.

no princípio da moralidade administrativa e no correlato dever de probidade”.

3. OS DIREITOS DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE

O esforço empreendido em uma definição do conceito de ato ímprobo, serve para delinear algumas características fundamentais da improbidade administrativa. O principal é que, tratando-se de direito administrativo sancionador, onde a possível condenação pode chegar inclusive à suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, é imprescindível a análise em simetria com institutos típicos do direito penal e processual penal.

Para se ter noção da gravidade, a própria Constituição Federal veda a cassação dos direitos políticos, de modo que a perda ou suspensão desses direitos somente ocorrerá nos casos de cancelamento de naturalização por sentença transitada em julgado, incapacidade civil absoluta, condenação criminal transitada em julgado, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, e, por fim, condenação por improbidade administrativa (art. 15, da CRFB/88 – especialmente o inciso V).

Dada a própria posição *sui generis* da improbidade administrativa, ainda que seja certo que o processo obedecerá o rito ordinário do processo civil (art. 17, da Le nº 8.429/1992), será necessário o respeito a certos direitos e garantias fundamentais processuais, mais habitualmente associados com o processo penal. Em específico, quando se fala em suspensão dos direitos políticos ou perda da função pública, esta somente se efetivará com o trânsito em julgado da sentença condenatória por ato de improbidade, até mesmo por respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB/88).

Questão diversa é a inelegibilidade por condenação, no âmbito de órgão colegiado (TJ ou TRF), por ato de improbidade, prevista no art. 1º, I, l, da LC nº 64/1990. A questão foi enfrentada pelo STF na ADI nº 4.578/DF, onde se decidiu pela constitucionalidade da aplicação da inelegibilidade antes do trânsito em julgado.

Isso não significa que o STF autorizou a aplicação imediata da pena pelo ato ímprobo, antes do trânsito em julgado, fosse assim e o que se estaria fazendo seria reduzir “direitos políticos” à possibilidade de ser eleito, o que não é o caso²²⁰. Também não é possível concluir daí que a o princípio da presunção de

220. O raciocínio utilizado pelo STF para declarar a constitucionalidade da inelegibilidade foi baseado em uma compatibilização entre os valores democracia e moralidade. O essencial, segundo raciocínio do Ministro Relator Luiz Fux, seria que a restrição imposta não diria respeito aos direitos políticos como um todo, mas sim apenas à faceta passiva de possibilitar ao indivíduo candidatar-se à cargo eletivo. Dessa forma, entendeu-se que a limitação respeitava o núcleo essencial do direito fundamental: “A balança, no caso, há de pender em favor da constitucionalidade das hipóteses

inocência não permeie a eventual condenação por ato de improbidade, muito pelo contrário, a inelegibilidade é um caso específico previsto na legislação, cuja constitucionalidade foi analisada sob o prisma da extensão e alcance do art. 14, §9º, da CRFB/88.

O voto do Ministro Luiz Fux, Relator da ADI nº 4.578/DF, é bastante elucidativo nesse ponto:

A interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais impõe que seja a mencionada norma cotejada com o art. 15, incisos III e V, que trata dos casos de suspensão e perda dos direitos políticos, envolvendo não apenas o *ius honorum* (direitos políticos passivos, isto é, o direito de candidatar-se e eleger-se), como também o *ius suffragii* (direitos políticos ativos – em síntese, o direito de eleger). A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos e, portanto, não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos.

Ora, se é certo – como, de fato, é – que a inelegibilidade contempla apenas o *ius honorum* e não o *ius suffragii*, por que teria cuidado o constituinte reformador de permitir ao legislador complementar instaurar hipótese de inelegibilidade em que se considerasse a vida pregressa do candidato, se o art. 15 já prevê a suspensão de direitos políticos em virtude de condenação definitiva em processo criminal ou por improbidade administrativa?

Nessa ordem de ideias, impende concluir que o art. 14, § 9º, em sua redação hoje vigente, autorizou a previsão legal de hipóteses de inelegibilidade decorrentes de decisões não definitivas, sob pena de esvaziar-lhe o conteúdo.

Seguindo o raciocínio, enquanto a ação de improbidade acarreta em restrição de direitos do agente público, a condenação só pode ser empreendida por meio de decisão do juiz natural, com respeito ao devido processo legal, em uma cadeia procedimental que respeite as garantias constitucionais do acusado e onde o provimento final seja fruto do contraditório (art. 5º, LV e LVI, da CRFB/88).

Isso significa que a competência para processar e julgar a improbidade, inclusive no que diz respeito à prova do dolo ou culpa grave (elemento subjetivo

previstas na Lei Complementar nº 135/10, pois, opostamente ao que poderia parecer, a democracia não está em conflito com a moralidade – ao revés, uma invalidação do mencionado diploma legal afrontaria a própria democracia, à custa do abuso de direitos políticos. Por sua vez, também não existe lesão ao núcleo essencial dos direitos políticos, porque apenas o direito passivo – direito de candidatar-se e eventualmente eleger-se – é restringido, de modo que o indivíduo permanece em pleno gozo de seus direitos ativos de participação política”.

essencial à caracterização do ato improprio), é somente do juiz natural, não cabendo ao TCU, órgão de controle fiscal vinculado ao Poder Legislativo, fazer o juízo de valor sobre a configuração ou não de improbidade do gestor público. Essa preocupação se deve justamente porque nota-se uma tendência do TCU em tentar ampliar sua competência, ao arrepio da legislação aplicável.

No Acórdão 1482/2020 do TCU (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues), decidiu-se que: “Configurada a ausência injustificada de prestação de contas como ato doloso de improbidade administrativa tipificado no art. 11 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a ação que pretende obter o ressarcimento ao erário [...] é imprescritível [...]”. O que há é uma sub-reptícia e descabida assunção de competência²²¹, a condenação pela improbidade só pode ocorrer após deliberação em processo, com aplicação das formas discursivas típicas do contraditório, e respeito às garantias constitucionais do agente público acusado.

4. IRREGULARIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como visto, a improbidade administrativa, para sua caracterização, exige prova da má-fé. Além disso, é necessário respeito aos direitos fundamentais do acusado, inclusive com a importação de conceitos típicos do direito penal e processual penal, para garantir a higidez da condenação pelo ato improprio.

Partindo dessas premissas, passa a ser necessário analisar dois pontos fundamentais. O primeiro ponto diz respeito à questão do dano causado pelo suposto ato improprio, enquanto que o segundo diz respeito às consequências da inserção do elemento subjetivo no conceito de improbidade. Trata-se, então, de uma etapa concernente à depuração conceitual, decorrente da leitura que entende-se adequada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Se é certo que a proteção da moralidade administrativa é essencial para o bom funcionamento do Estado, também é preciso que a apuração de eventuais infrações e a aplicação de penas se dê de acordo com *standards* civilizatórios.

221. Complementando esse entendimento, Donnini (2020, n.p.) afirma que: “A decisão estaria amparada pelo Tema de Repercussão Geral nº 897, do STF, que, no entanto, define como imprescritível apenas a ação (judicial, claro) de ressarcimento ao erário fundada na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. O entendimento do STF não abrange a pretensão punitiva (como a aplicação de multa) exercida com base na Lei nº 8.429/92 e, menos ainda, na Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU). Resumidamente: em meio à conflagração geral de Brasília — ou estaríamos no cessar-fogo? —, o TCU assimilou como uma ampliação de poderes aquilo que o STF definiu como um limite de atuação. Não é um conflito tão pronunciado, mas deve render novos e interessantes capítulos”.

É pacífico no âmbito do direito penal que o direito de punir não é absoluto, e o mesmo entendimento deve ser aplicado no direito administrativo sancionador, ainda que as possíveis restrições de direitos não sejam tão gravosas neste, como são naquele ramo do direito.

4.1 A PROVA DO DANO E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 21, I, da Lei nº 8.429/1992, dispõe que a aplicação das penas previstas contra atos de improbidade, independe “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento”. Lendo o texto legal isoladamente, não é desarrazoada a conclusão pela possibilidade de dano *in re ipsa* para fins de configuração do ato improprio.

De fato, o próprio STJ, nos casos de ato que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11, da Lei nº 8.429/1992²²²) e de atitude que frustra licitude de procedimento licitatório ou processo seletivo (art. 10º, VIII, da Lei nº 8.429/1992²²³), reconhece a tese do dano *in re ipsa*.

Sobre o segundo caso, observe o seguinte posicionamento do STJ:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO E CONCURSO PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA DISPENSA. LESÃO AO ERÁRIO PRESUMIDA. CULPA VERIFICADA. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. [...]. Assim, praticou o réu o ato de improbidade administrativa descrito no art. 10, VIII, ou, subsidiariamente, no art. 11, caput e V, ambos da Lei n. 8.429/1992. II - Por sentença, julgou-se

222. “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congêneres, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”.

223. Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”.

improcedente o pedido da ação, interpondo o autor recurso de apelação. Por unanimidade, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba negou provimento ao apelo. Inconformado, o Ministério Público do Estado da Paraíba interpôs recurso especial. Inadmitido o recurso especial pelo Tribunal de origem, adveio a interposição de agravo, a fim de possibilitar a subida do recurso. III - A inexigibilidade de licitação prescrita no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993 exige a presença conjugada de três elementos: a) serviço técnico-profissional especializado; b) referir-se a profissional ou a empresa com notória especialização; e c) natureza singular do serviço prestado. No presente caso, tais requisitos não foram preenchidos. **IV - A jurisprudência desta Corte considera indispensável, para a caracterização dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, a comprovação da lesão ao erário, exceto para as hipóteses específicas do inciso VIII do referido dispositivo, em que o prejuízo é presumido (*in re ipsa*), e exige, como elemento subjetivo, a culpa do agente, reservando-se o dolo para as hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992.** Precedentes: REsp n. 1.718.916/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 11/10/2019; e AIA n. 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 21/9/2011, DJe 28/9/2011. [...] (STJ - AREsp: 1520734 PB 2019/0166833-9, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 12/11/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2019 – grifou-se).

O caso analisado tratava de dispensa de licitação empreendida por gestor municipal para contratação de profissional de contabilidade. O réu fundou sua defesa na alegação de que tais serviços estariam revestidos de caráter singular, além da precariedade de profissionais especializados no ramo no âmbito do município. O Ministro Relator Francisco Falcão, afastou os fundamentos da defesa e entendeu que a dispensa de licitação teria sido ilegal.

Uma vez configurada a ilegalidade da dispensa de licitação, além de comprovado o elemento subjetivo da conduta (culpa grave) o Ministro Relator entendeu que não haveria necessidade de perquirir acerca da existência de efetivo prejuízo. O problema, aqui, é que o próprio *caput* do art. 10, dispõe que os ilícitos administrativos seriam do tipo que “causa lesão ao erário”, ensejando “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”.

É como se se criasse uma espécie de ato de improbidade de “perigo abstrato”, ocasionando-se uma confusão na distribuição dos encargos probatórios na ação de improbidade. Uma interpretação sistemática do art. 21, I, da Lei nº 8.429/1992, nesse caso, deve se dar no sentido de separar a inexigibilidade

de comprovação de dano, da dispensa da prova em relação à extensão do dano: “uma coisa é evidenciar que houve um dano, ainda que ele não possa ser objetivamente aferido; coisa diversa é nem sequer saber se dano há, mas presumi-lo como ocorrido” (MUDROVITSCH e NÓBREGA, 2020, n.p.).

Fora do caso de ato atentatório contra a licitude de procedimento licitatório ou processo seletivo, há ainda a questão de atitudes deletérias contra princípios da administração pública, previstos no art. 11 da Lei de Improbidade, em que a lesão ao erário não faz parte da tipificação do ilícito administrativo. Nessas situações, o STJ compreende a previsão legal como cláusula geral, o que justificaria a dispensa da prova do dano:

ADMINISTRATIVO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DOLO GENÉRICO. LESÃO A PRINCÍPIOS. LICITAÇÃO - CONVITE. COINCIDÊNCIA DE PROPRIETÁRIOS DAS EMPRESAS. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. [...]** 4. O desconhecimento da Lei de Licitações (preservação da isonomia/legalidade/impeccabilidade) e da Lei de Improbidade Administrativa (frustração da concorrência que agride os deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições) não é fundamento legítimo para descaracterizar má-fé de quem se presta justamente a participar de certames. 5. **O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade, na forma do art. 11 da Lei 8.429/1992.** Caberá ao egrégio Tribunal a quo fixar as penas incidentes concretamente. Precedentes do STJ. 6. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1231402 MG 2011/0005054-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 19/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2015 – grifou-se).

O voto do Ministro Herman Benjamin, deixa bem clara a concepção do STJ acerca do art. 11, enquanto cláusula geral para imputação de improbidade:

A partir da caracterização do dolo genérico, este Superior Tribunal já decidiu, por diversas ocasiões, **ser absolutamente prescindível a constatação de dano efetivo ao patrimônio público, na sua aceção física, ou efetivo enriquecimento ilícito de quem se beneficia do ato questionado, quando a tipificação do ato considerado ímprobo recair sobre a cláusula geral do caput do art. 11 da Lei 8.429/1992.** Esse é o posicionamento da Corte, reiterado nos seguintes julgados: REsp 488.842/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. Para acórdão Ministro Castro Meira, DJe 5/12/2008;

REsp 1.003.179/RO, Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 18/8/2008; REsp 737.279/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 21/5/2008; REsp 1.011.710/RS, Primeira Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 30/4/2008; REsp 728.341/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 18/3/2008.

Emprestando aqui, mais uma vez, institutos do direito penal, cumpre lembrar a exigência do princípio da lesividade, utilizados, inclusive, para fins de questionamento da constitucionalidade, por parte de alguns doutrinadores, dos crimes de perigo abstrato.

A partir da lesividade, o que se quer não é a defesa da inconstitucionalidade de tal ou qual tipo de delito, muito menos se trata de mudança radical na forma de se pensar a improbidade. O que se busca é tão somente uma adequação de entendimento, para que a configuração do ilícito e consequente aplicação das sanções, não dependa apenas da mera conduta do agente. A conduta deve remeter ao bem jurídico protegido, de modo que exige-se a comprovação do potencial lesivo da ação, para fins de caracterizar a ocorrência do ilícito administrativo (BOTTINI, 2012, n.p.)²²⁴.

4.2 O ELEMENTO SUBJETIVO E A DIFERENÇA ENTRE IMPROBIDADE E IMPROPRIEDADE

Para configuração da responsabilidade por ato de improbidade administrativa, é imprescindível a comprovação do elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa grave. Essa posição é confirmada pelo próprio entendimento consolidado do STJ (*leading case* – STJ. EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010),

224. Ainda que não diga respeito diretamente as matérias tratadas no presente trabalho, é interessante a observação de Bottini (2020, n.p.) acerca de uma interpretação dos crimes de perigo abstrato em conformidade com a normatividade constitucional: “Por outro lado, ainda que os crimes de perigo abstrato sejam constitucionais, devem ser interpretados sistematicamente, levando-se em consideração a orientação teleológica do Direito Penal. Por isso, ainda que o tipo penal descreva a mera conduta, cabe ao intérprete — em especial ao juiz — a constatação de que o comportamento não é inócuo para afetar o bem jurídico tutelado pela norma penal. Em outras palavras, não basta a mera ação descrita na lei, faz-se necessária a verificação da periculosidade da conduta, sua capacidade — mesmo que em abstrato — de colocar em perigo bens jurídicos. Essa parece ser a única interpretação coerente com o texto constitucional — que admite os crimes de perigo abstrato — e com a consagração da ideia de que o Direito Penal tem como norte a exclusiva proteção de bens jurídicos. Do contrário, teremos o Direito Penal de autor, que pune comportamentos sem qualquer potencialidade de causar resultados lesivos com a justificativa única de que revelam a periculosidade do agente”.

segundo o qual os atos previstos nos arts. 9^{o225} e 11 exigem a comprovação do dolo, enquanto as hipóteses do art. 10 necessitam de prova de culpa grave.

Questão diversa diz respeito à necessidade de comprovação de má-fé para caracterização da improbidade. A questão encontra divergências na própria jurisprudência do STJ, porém há certa prevalência da posição de desnecessidade de comprovação da má-fé²²⁶.

Mais uma vez, é preciso repensar a concepção dominante, em prol de uma interpretação mais adequada da Lei de Improbidade. É preciso ter em mente a necessária incidência do princípio da proporcionalidade (entendido através

225. “Art. 9º 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 nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; 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 desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

226. À título exemplificativo: “[...] Manutenção da decisão agravada que determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que proceda o rejuízo do mérito da controvérsia a partir das seguintes premissas jurídicas: (a) para caracterização do ato de improbidade previsto no art. 10, VIII, da LIA, o dano ao erário é presumido; (b) quanto aos elementos objetivos do tipo, o desrespeito aos princípios da Administração Pública é suficiente para ensejar a improbidade administrativa, na forma do art. 11, caput, da Lei 8.429/1992, sendo dispensável a existência de dano ao erário (STJ - AgInt no REsp: 1669685 PE 2017/0101215-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 15/05/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 03/08/2018).

do binômio proibição do excesso e vedação da proteção insuficiente)²²⁷, bem como a diferença entre atos de improbidades administrativas e atos de mera impropriedade (irregularidade administrativa). A improbidade, e isso é preciso que se ressalte, caracteriza-se como ato efetivamente lesivo, praticado com dolo ou culpa. Difere da mera irregularidade não apenas pelo elemento anímico da conduta do agente, como também pela falta de materialidade objetiva de prejuízo à Administração Pública.

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva é, aqui, essencial e complementar à proporcionalidade da eventual punição a ser aplicada. Nesse sentido, aliás, há interessante precedente do STJ, que merece lugar de destaque sobre a matéria:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE SERVIDOR VINCULADO À CONTRATANTE. ART. 9º, III E § 3º, DA LEI 8665/93. FALTA SUPRIDA ANTES DA FASE DE HABILITAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. 2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvado pela má-intenção do administrador. 3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92). 4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA,

227. A proporcionalidade, assim entendida, não diz respeito à um método de fundamentação de decisões nos termos de uma teoria da argumentação jurídica, mas sim modo orientação de condutas, sempre na busca da coerência e integridade na solução de casos concretos (STRECK, 2014).

DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006. 5. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, assentado no voto condutor do acórdão recorrido, verbis: “consoante se infere da perícia levada a efeito, os serviços contratados foram efetiva e satisfatoriamente prestados, não tendo sido registrado qualquer prejuízo ou perda financeira e/ou contábil causado à Administração e, ao revés, reconhecida pelo Tribunal de Contas do Estado a regularidade da licitação (fls. 857/861). Na verdade, não restou demonstrado no curso do processo a prática de ato ilícito dos réus que constituísse lesão ao erário público e possibilitasse a indenização pelos prejuízos suportados” (fl. 1458), revela error in iudicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo. 6. **Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.** 7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. Precedentes: Resp 1149427/SC, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 09/09/2010; e REsp 734984/SP, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2008. 8. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pelo teor da Súmula 07/STJ. [...]. (STJ. REsp 939118 SP - 2007/0071082-0, T1 - Primeira Turma, Min. Rel. Luiz Fux, Julgado em 15/02/2011, DJe 01/03/2011).

O que fica claro, então, é que a noção de responsabilidade objetiva (art. 37, §6º, da CRFB/88) não se aplica ao âmbito do direito administrativo sancionador, reservando-se aos casos de aplicação do Direito Civil (responsabilidade contratual e por ato ilícito). O ato ímprobo, sujeito às graves sanções previstas na Constituição e reguladas pela Lei nº 8.429/1992, deve estar qualificado pela má-fé (FERREIRA, 2019).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs à depuração do conceito de improbidade administrativa, buscando fazer uma diferenciação entre o ato ímprobo e a mera irregularidade administrativa. A hipótese era que a distinção estaria na necessária comprovação do dolo e da má-fé do agente público.

No decorrer da pesquisa, perquiriu-se acerca da relação entre Direito e Moral no âmbito de um paradigma democrática, utilizando-se como marco teórico a teoria do discurso de Habermas (2012), de onde se depreende que há uma *cooriginariedade* entre Direito e Moral, porém não há possibilidade de legitimar-se uma espécie de correção do jurídico a partir de postulados morais abstratos.

Com isso, conseguiu se identificar o conteúdo normativo do princípio da moralidade administrativa e delimitar a configuração da improbidade à violação de preceitos morais protegidos por lei, isto é, o ato improbo necessariamente é violador de bens jurídicos legalmente protegidos.

Após análise do regime jurídico aplicável à Ação de Improbidade, percebeu-se a necessidade de importação de conceitos típicos do direito penal e processual penal, ainda que os procedimentos regidos pela Lei nº 8.429/1992 digam respeito ao processo civil. Aproveitando essa premissa, conseguiu-se demonstrar que não há como admitir, como faz a jurisprudência do STJ, a existência de improbidade sem comprovação de dano ao bem jurídico tutelado pela norma.

Ao fim, foi confirmada a hipótese, constatando-se que, apesar da posição atualmente prevalente no STJ, a prova da má-fé é sim essencial para a caracterização da improbidade. Caso o agente público tenha agido de boa-fé, configura-se mera impropriedade (irregularidade) administrativa, o que pode gerar uma responsabilização na esfera civil, mas desautoriza a aplicação das penas previstas no art. 37, § 4º, da CRFB/88, reguladas pela Lei de Improbidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. **Lei de inelegibilidades**. Brasília, DF, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.520.734 - PB. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 12 de novembro de 2019. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.669.685 PE. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, DF, 15 de maio de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, 03 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 479.812 SP. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 25 de agosto de 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília, 27 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.231.402 - MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 19 de abril de 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, 02 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 939.118 SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2011. **Diário Oficial da União**. Brasília, 01 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4578/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1482/2020. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, DF, 10 de junho de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DONNINI, Thiago Lopes Ferraz. **TCU assimila como ampliação de poderes o que o STF define como limite de atuação**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-04/thiago-donnini-tcu-juizo-improbidade-administrativa>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FERNANDES, Flávio Sátiro. Improbidade Administrativa. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 136, n. 34, out./dez. 1997, Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/296/r136-09.pdf?sequence=4>>. Acesso em 12 jul. 2020.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, e1937, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300211&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 jul. 2020.

FIGUEIREDO, Marcelo. Comentários ao art. 37, §4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. 3 ed. Salamanca: Sígueme, 1988.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa: história de um conceito. Conferência proferida pelo autor na aula final de formatura dos alunos da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** - no 24, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009a.

_____. **El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho**. 2. ed. Madrid: Reus, 2009b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **A proposta para o artigo 21 da Lei de Improbidade**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/improbidade-debate-proposta-artigo-21-lei-improbidade>. Acesso em: 12 jul. 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAGNÓSTICO DO HUUFMA EM JUÍZO: A SAÚDE ENTRE O NÃO-DIREITO E A MÁ GESTÃO²²⁸

FELIPE COSTA CAMARÃO²²⁹
SÉRGIO FELIPE DE MELO SILVA²³⁰

1. INTRODUÇÃO

Este é um ensaio cujo objetivo principal é, por meio de uma pesquisa empírica, apresentar o diagnóstico da postura judicial e a eficiência prestacional do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA), no tocante às demandas cidadãos de acesso à saúde neste hospital.

Para isso, julga-se indispensável apresentar um panorama doutrinário, alicerçado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e no regramento do Sistema Único, do direito à saúde no âmbito do SUS, assim como o de sua face negativa, aqui chamado de não-direito à saúde.

Toma-se como ponto de partida o conjunto de demandas judiciais de acesso à saúde, intentadas em face do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão (HUUFMA), visando o imediato e gratuito fornecimento de medicamentos, próteses, órteses, bem como tratamentos médico-hospitalares dos mais variados tipos.

Assim, em um primeiro momento, procura-se expor o que é direito à saúde e o que não o é, para, em seguida, explanar os dados da pesquisa e posteriormente analisá-los – o diagnóstico do HUUFMA em juízo.

228. Trabalho escrito na modalidade Artigo Especial (ponto 4.1.6 do edital-convite).

229. Instituição: Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Prof. Me. da UFMA; Secretário de Educação do Estado do Maranhão, residente em: av. dos holandeses, n. 7, q. 24, ed. Zefirus, Torre Eos, apto 302, Calhau. CEP: 65071380, São Luís, Maranhão; email: felipe.camarão@gmail.com.

230. Instituição: Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Advogado; residente em: rua 02, Qd. 01, Bl. 16, Apto 104, Cond. Ipem Angelim, Bairro: Angelim, CEP:65063030, São Luís – MA, e-mail: sergiomelo13@gmail.com.

No mais, cabe ressaltar que a motivação para a presente pesquisa reside na honrosa oportunidade de contribuir com a literatura jurídica e ao mesmo tempo prestar homenagem ao ilustre Min. Reynaldo Soares da Fonseca, honrado e brilhante magistrado, que dignifica o direito maranhense por meio da sua atuação no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

2. MÉTODO

Trata-se de estudo quantitativo e qualitativo de caráter retrospectivo e prospectivo, pois envolve a observação dos dados em sua extensão, por meio da coleta de dados que ocorreu no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, referente às Ações Judiciais em primeira instância da Sessão Judiciária do Estado do Maranhão ajuizadas em desfavor do HUUFMA.

A coleta de dados foi realizada por meio de busca ativa com o setor jurídico do Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão, da Advocacia Geral da União e da Seção Judiciária da Justiça Federal no estado do Maranhão com o intuito de quantificar o número de Ações Judiciais em trâmite nas varas federais da cidade de São Luís. Os dados foram coletados utilizando-se questionários padronizados e de acordo com o órgão visitado, com questionamentos que permitiam uma investigação coerente com a proposta do estudo.

O questionário abordou a caracterização do processo por natureza, autoria, embasamento do autor, representação legal, solicitações, embasamento do réu (HUUFMA), e decisão judicial (argumentos, embasamento legal e resultado).

No estudo, somente foram considerados como critérios de inclusão as demandas judiciais promovidas em desfavor do HUUFMA, referentes ao acesso à saúde nas diferentes modalidades de atendimento e competência do HUUFMA, promovidas perante a Seção Judiciária da Justiça Federal do Estado do Maranhão – Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com ou sem decisão liminar ou antecipação de tutela, que tenham sido iniciados a partir de 2014 e sentenciadas, em 1ª instância, de janeiro de 2014 até dezembro de 2017

Não foram incluídas demandas judiciais iniciadas e/ou sentenciadas em período anterior a 2014 ou posterior a 2017, ou que tenham sido processadas em Seções Judiciárias diversas da Justiça Federal do Estado do Maranhão – Tribunal Regional Federal de 1ª Região. Excluiu-se também processos que não continham sentença em 1º grau ou que tenham réu diverso do HUUFMA.

O processamento e análise dos dados serão realizados na 12ª versão do STATA (*Data Analysis and Statistical software*). O nível de significância será estabelecido em 5% ($p < 0,05$). Para a análise estatística, inicialmente será realizada uma análise descritiva. As variáveis quantitativas serão apresentadas por meio de média e desvio padrão, e as qualitativas por frequências e porcentagens com intervalo de confiança de 95% (IC 95%).

Já para os dados qualitativos será utilizada a técnica de análise de conteúdo, na matriz de Laurence Bardin, segundo a qual é feita identificação das relações entre os casos oriundos do fenômeno da judicialização, e interpretando-os a partir de modelos conceituais pré-existentes ao estudo. Portanto foi elaborada uma matriz para consolidação dos dados e a partir dela são categorizadas as informações colhidas nos autos dos processos judiciais selecionados para explicitar as informações codificadas.

3. DIREITO À SAÚDE E NÃO-DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS

Na (re)constituição do Estado brasileiro, em 1988, sob as bases do ideário democrático e da dignidade da pessoa humana, o constituinte, coerente ao espírito que presidiu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB), também chamada de Constituição Cidadã, suprimindo uma lacuna histórica, erigiu a saúde à categoria de direito e garantia fundamental de todos e dever do Estado, a ser assegurado “mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²³¹”.

Sob tal enfoque, o conceito de saúde constitucionalizado foi o assinado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), segundo o qual a vida saudável cinge-se ao estado de completo bem-estar físico, mental e social, além da ausência de doença ou enfermidade (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 126).

Por esse ângulo, a “saúde passou, assim, a não ser mais considerada de forma isolada, vale dizer, na condição de fenômeno relacionado somente ao homem, ao seu corpo e suas determinações genéticas. Albergou-se também no conceito de saúde a relação do indivíduo com o ambiente social que o rodeia” (RAMOS; DINIZ, 2017, p. 174).

231. Art. 196, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

E, “à semelhança dos demais direitos sociais, reveste-se de caráter inclusivo e, pois, de uma titularidade simultaneamente individual e coletiva” (FIGUEIREDO, 2013, p. 15). “É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde”. Trata-se de um “direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 645).

Cuida-se de direito fundamental duplamente fundamental. Além de compor formalmente o rol dos direitos fundamentais, é também substancialmente relevante “à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –, assim à garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade”. Outrossim, é imprescindível à condição cidadã, e, portanto, à promoção da cidadania (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 129)

Se expressa como posição jurídica “concernente à pessoa”, que, “do ponto de vista do direito positivo”, foi, “por seu conteúdo e importância” – fundamentalidade material – integrada “ao texto constitucional” e, portanto, retirada da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos – fundamentalidade formal (SARLET, 2015, p. 78). O que a faz uma prerrogativa fundamental tanto sob o prisma material, quanto em perspectiva formal.

Sob a Constituição Cidadã, integra o rol dos direitos (fundamentais) sociais, precisamente, os relativos à seguridade²³². À semelhança das demais prerrogativas congêneres, outorga ao indivíduo o direito a prestações sociais de cunho prestacional, “diretamente vinculadas à destinação, à distribuição, bem como à criação de bens materiais” assim como a certas condutas negativas (protetiva ou abstencionista) do Estado e dos particulares, que possibilitam melhores condições de vida e são pressupostos do gozo dos direitos individuais (SARLET, 2015, 293).

“Além da condição de direito fundamental, a proteção da saúde implica deveres fundamentais, o que decorre já da dicção do art. 196: [a] saúde é direito de todos e dever do Estado’, impondo precipuamente ao poder público a obrigação de efetivar tal direito” (SARLET, 2013, p. 1932).

O “dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte

232. Classificação dos direitos sociais na CRFB, segundo José Afonso da Silva, *in*: “Curso de Direito Constitucional Positivo”.

do Estado”. Um dever de “desenvolver políticas públicas que visem a redução de doenças, a promoção, a proteção, e a recuperação da saúde” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 643).

Cuida-se de “típica hipótese de direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental”. Ou seja, sua efetivação cinge-se à concretização das medidas de proteção à saúde – dimensão defensiva – assim como as de promoção da saúde – dimensão prestacional (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 130).

Alinhando-se à “concepção mais abrangente do direito à saúde, conforme propugna a OMS, que, ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional na tutela jusfundamental”, o constituinte delineou, na verdade, um direito fundamental à proteção e promoção à saúde, que abrange a “garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora” (dimensão curativa); a “efetivação de medidas que tenham por escopo evitar o surgimento de doença ou dano à saúde, individual ou pública, inclusive pelo contágio, justificando imposição de deveres de proteção” (dimensão preventiva); assim como a “busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivam melhorar as condições de vida e de saúde das pessoas” (dimensão promocional) (SARLET e FIGUEIREDO, p. 187-188).

Nesse sentido, o mesmo “envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser reconduzido às noções de direito de defesa (ou de direito negativo), tendo como objeto a salvaguarda da saúde individual e da saúde pública” contra intervenções do Estado ou dos particulares. Mas também assume feições de um direito a prestações (direito de caráter positivo), “operando, ou como um direito a prestações em sentido amplo, gerando deveres de proteção da saúde individual ou pública, assim como direitos a prestações de cunho organizatório e procedimental”; ou como “a prestações em sentido estrito, isto é, como um direito à obtenção de prestações materiais variadas” (procedimentos cirúrgicos, órteses, próteses, medicamentos e congêneres).

Isto é, “o chamado direito à saúde, deve ser compreendido como posição jurídica objetiva”, ou seja, “um direito à proteção da saúde como correlativo da obrigação” dos poderes públicos (nacionais e supranacionais) “de impedir condutas de pessoas (naturais ou jurídicas, públicas ou privadas) “aptas a

prejudicarem a saúde de seus titulares, bem como na perspectiva de que governos devem atuar no sentido de implementar as diretrizes traçadas” para realização deste direito fundamental em todas as suas dimensões (RAMOS, 2014, p. 125).

No plano prático, o citado direito fundamental materializa-se por meio do Sistema Único de Saúde, nos termos estabelecidos na Constituição Cidadã e na Lei Geral Orgânica da Saúde (Lei n. 8080/90).

Segundo o texto constitucional, o dever (fundamental) dos governos (federal, estaduais e municipais) frente ao direito (de todos) à (proteção e promoção) saúde, densifica-se, fundamentalmente, nas ações e serviços de saúde que integram o Sistema Único de Saúde (SUS). “A CF de 1988 instituiu o SUS como o sistema responsável pela promoção das ações e serviços públicos de saúde, devendo fazê-lo diretamente ou através de terceiros, conforme previsto expressamente em seu art. 197” (RAMOS; MIRANDA NETTO, 2017, p. 306).

O mesmo é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta, somada ainda a participação da iniciativa privada em regime de complementariedade (BRASIL, Lei 8.080, 1990, art.4º, *caput* e §2º).

Em outras palavras, é “um sistema formado por uma rede de ações e serviços públicos de saúde, dotado de uma organização interna e apto a prestar ações e serviços de saúde que são de relevância pública” (...) responsável por ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a reabilitação de doentes com sequelas (CASTRO, 2012, p. 131).

Cuida-se, então, da garantia institucional (...) à proteção e promoção outorgada à saúde e às demais prerrogativas fundamentais à dignidade e à cidadania (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 130).

Orienta-se, necessariamente, pelos seguintes princípios: acesso universal e igualitário; unicidade, descentralização (hierarquizada) político-administrativa, integralidade e participação da comunidade (CARLINE, 2014, p. 54; SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 190 e ss.; CASTRO, 2012, p. 132 e ss.).

Ou seja, constitui-se a partir de uma rede regionalizada e hierarquizada que, preservando a direção única em cada esfera de governo, atua segundo o princípio da descentralização (RAMOS e MIRANDA NETTO, 2017, p. 427).

Com efeito, “todos os serviços públicos e as ações de saúde, públicos e privados, devem pautar-se e desenvolver-se sob as mesmas políticas, diretrizes e

comando”. Cuida-se de “um só sistema, que abrange e sujeita a uma direção única e, portanto, a um só plano todas as ações e serviços de saúde” (princípio da unicidade) (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 191).

No mais, à luz dos princípios constitucionais (implícitos e explícitos) regentes do Sistema Único, a efetivação do direito à saúde cinge-se à universalidade e à equidade do acesso às políticas públicas de proteção e promoção à saúde (CARLINI, 2014, p. 54).

Ainda, o acesso às políticas públicas de saúde de forma integral – em seus vários níveis de complexidade, é direito de todos e dever do Estado, devendo este ser ofertado de forma gratuita, sem cobrança dos valores a qualquer pretexto, nem receber repasses dos custos por sua prestação do usuário (SARLET, 2013, p. 1939-1940).

O direito à saúde no Brasil não está restrito a uma “cesta-básica” de serviços, mas deve contemplar o essencial para um cuidado à saúde com dignidade (Silva et. al., 2012, p. 249). A cobertura oferecida pelo SUS deve “ser a mais ampla possível”, abarcando as dimensões preventiva, curativa e garantista do estado de completo bem estar físico, mental e social do indivíduo (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 192).

Assim sendo, o conteúdo do direito à saúde no âmbito do SUS abrange um extenso, denso e custoso plexo de posições jurídico-subjetivas de natureza heterogênea, que envolve direitos de defesa, proteção, organização e procedimento, assim como prestações materiais e processuais, voltados à proteção, à garantia e à promoção à saúde, em perspectiva preventiva e curativa (SARLET e FIGUEREDO, 2008, p. 132 e ss.).

Contudo, não obstante à extensão semântica, na prática, o direito à saúde é restrito às diretivas de ordem técnica, econômica e organizacional, pautadas na racionalidade, proporcionalidade e eficiência (notadamente, sob o viés da economicidade).

O SUS, por definição, é um todo organicamente organizado e dirigido para um dado fim. No caso, a promoção do plexo de políticas públicas de saúde indispensáveis à concretização da tutela constitucional do estado de completo bem-estar físico, mental e social do cidadão (CONASS, 2003). Para tanto, sobretudo em um país de dimensões continentais e possuidor de uma população, em sua maioria, desprovida de recursos mínimos que lhe permitam arcar sozinhas com todas as terapêuticas de saúde de que necessitam, é imprescindível à execução das políticas públicas de saúde, que os Gestores do

SUS as realizem com base em planejamento estratégico, racional e condizente às ordenações constitucionais (SARLET, 2013, p. 1940).

Nesse sentido, Barral (2005, p. 50-51), adverte que a existência de regras claras e previsíveis faz-se necessária por três motivos: a) evitar que haja duas categorias de cidadãos, “aqueles que conhecem os limites e a flexibilidade das regras e aqueles que se sujeitam à sua faceta mais autoritária”; b) “um sistema jurídico instável e facilmente modificável tem implicações negativas para investimentos e para a criação de riqueza”; c) “a falta de previsibilidade afeta as garantias de liberdade e de confiança na estrutura social”. A percepção da judicialização na conformação da dinâmica das relações entre os sujeitos e interesses envolvidos, bem como as racionalidades que permeiam as decisões judiciais, constitui tarefa essencial no esforço científico que reside na busca pela sistematização e compreensão do fenômeno objeto de estudo no Brasil e seus efeitos na consecução do ato judicial de decidir (RAMOS, 2014).

A seu turno, Luís Roberto Barroso (2007, p. 17 e ss.) acentua que a reiterada inobservância do “conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes” (p. 17), que põem “em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”. E, “no limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas” (p. 22). Em outras palavras, não obstante a interferência do Poder Judiciário para concretização dos direitos fundamentais, em específico o direito à saúde, seja perfeitamente coerente e inafastável, o excesso de “decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”, obstruem a tutela coletiva do direito à saúde (BARROSO, 2009, p. 17 e ss.).

Em suma, o acolhimento massivo de demandas judiciais “carentes de subsídios clínicos e diagnósticos” (SANT’ANA et.al., 2011, p. 714) ou “baseadas em solicitações individuais e concedidas sem consideração das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo” (VIERA, 2020, p.56) implicam embaraços de ordem gerencial e sanitária ao sistema de saúde, limitando (em termos materiais) – ainda mais – a sua efetividade prestacional do SUS em perspectiva coletiva.

Dito isso, cabe resgatar preciosa e pertinente lição de Maria Helena Diniz (2010, p. 343 e ss.), segundo a qual, “a norma jurídica é o instrumento elaborado pelos homens para lograr aquele fim consistente na produção da conduta desejada (...). É a coluna vertebral do corpo social. (...) tem finalidades e valores implícitos. Daí ser indubitável que a norma (...), que se compõe de um substrato e de um sentido”.

A esse ensinamento soma-se lição de Lenio Streck (2012, p. 174 e ss.), para quem, compete ao legislador por meio das leis, e não ao judiciário, delinear o conteúdo do direito fundamental, sob pena da legítima intervenção judicial perverter-se em discricionariedade e decisionismo, agredindo a necessária separação dos poderes e o Estado de Direito, em sua essência, que é o império da lei.

Segundo o catedrático hermeneuta gaúcho (2012, p. 181), “meios e fins devem ser definidos originariamente pelo legislador (princípio da maioria)”. E, somente quando esses “fins e meios se mostram inadequados, violando, por exemplo, regras jurídicas constitucionais, como a proibição do excesso ou de insuficiência na proteção de bens jurídicos, é tarefa de a jurisdição constitucional efetuar atividade corretiva”

Nesse sentido, conclui-se que, o direito à saúde, isto é, a prerrogativa exigível em face do Sistema Único de Saúde, reside nas prestações enumeradas na tabela de prestações organizadas pelo próprio SUS, alicerçada em parâmetros legais e constitucionais, mas também no atual estágio da ciência, na capacidade orçamentária e nos paradigmas sanitários em geral.

Ao revés, toda sorte de produtos ou serviços não constantes no regramento ordinário do Sistema Único, em verdade, é um não-direito à saúde. Assim como prestações judicialmente deferidas em desacordo com a logística do SUS e seus parâmetros diretivos, porquanto há notória ausência de esteio legal que alicerce a exigibilidade da promoção do bem de saúde.

Todavia, impende ressaltar ainda que, prestações extraordinárias não constituam um direito, pois nada obsta que o Sistema Único, caso reúna condições para tanto, sem sacrificar direito alheio, a preste. O que não cabe, sobretudo pela via judicial, é impor à administração pública prestações extraordinárias, especialmente àquelas que superam as forças prestacionais do SUS e/ou prejudicam o direito à saúde de outrem que esteja amparado nas diretrizes do Sistema Único.

Posto isso, passa-se a exposição dos dados do HUUFMA em juízo.

2. HUUFMA EM JUÍZO: DEMANDAS DE ACESSO À SAÚDE INTENTADAS EM FACE DO HOSPITAL

A partir de requerimento (Requerimento nº 001/2017) encaminhado ao Setor Jurídico do HUUFMA obtivemos lista de demandas processuais com 96 (noventa e seis) números de autos processuais, referentes ao acompanhamento processual do Setor Jurídico do Hospital no período de janeiro a junho do ano de 2017. Dos 96 autos processuais listados, verificamos que 71 (setenta e uma) demandas processuais tramitaram da Seção Judiciária da Justiça Federal do Maranhão, das quais 2 (duas) tiveram início no ano de 2015, 17 (dezesete) tiveram início no ano de 2016 e 42 (quarenta e duas) tiveram início no ano de 2017.

Demandas HUUFMA – Seção Judiciária da Justiça Federal do Maranhão	
Ano de Início da demanda	Quantidade
2015	2
2016	17
2017	42

12 (doze) demandas obtiveram decisão interlocutória de concessão de liminar em parte, 22 (vinte e duas) obtiveram concessão de medida liminar ou antecipação de tutela total, 3 (três) tiveram negada a concessão de liminar, em 14 (quatorze) não houve qualquer decisão e 20 (vinte) demandas não foram encontradas.

Demandas HUUFMA – Seção Judiciária da Justiça Federal do Maranhão	
Decisão Interlocutória	Quantidade
Concessão parcial de liminar	12
Concessão total de liminar e/ou antecipação de tutela	22
Negativa de liminar	3
Processo não encontrado	20
Sem manifestação	14

Fonte: pesquisa de campo, 2020.

Constatou-se, ainda, que 45 (quarenta e cinco) demandas aguardam sentença, 20 (vinte) não foram localizadas e apenas 6 (seis) foram sentenciadas.

Demandas HUUFMA – Seção Judiciária da Justiça Federal do Maranhão	
Situação processual	Quantidade
Aguardam sentença	45
Autos não localizados	20
Sentenciados	6

As principais prestações de saúde solicitadas foram: internação, leito de UTI e realização de procedimento cirúrgico. Identificamos 16 (dezesesseis) demandas com solicitação de internação, 16 (dezesesseis) demandas com solicitação de leito de UTI e 25 (vinte e cinco) demandas com solicitação de cirurgia, principalmente cardíaca.

Demandas HUUFMA – Seção Judiciária da Justiça Federal do Maranhão	
Principais prestações de acesso à saúde	Quantidade
Internação	16
Leitos de UTI	16
Cirurgia	25

Fonte: pesquisa de campo, 2020.

Observamos que 36 (tinta e seis) demandas o Hospital Universitário deixaram de cumprir a determinação judicial, seja por falta ou manutenção de equipamento, ausência de leito ou material e/ou encaminhamento do paciente para lista de espera.

Das 6 (seis) demandas válidas para a presente pesquisa, nenhuma teve autoria coletiva, ou seja, todas as demandas são ações individuais. Dessas 6 (seis) demandas validadas, 2 (duas) obtiveram sentença extintiva do processo por falecimento do autor. Assim, dos 4 (quatro) processos validados, verificamos que os principais argumentos utilizados pelos autores das demandas foram agrupados em quatro categorias: de gestão pública, econômicos, fáticos e principiológicos. O argumento de gestão pública foi classificado em quatro classes, quais sejam: negativa ou indisponibilidade de fornecimento do medicamento, insumo ou tratamento (A1); exaurimento da via administrativa sem êxito para resolução da demanda (A2); inexistência de vaga na rede pública para internação em leito de UTI (A3) e a ineficácia do medicamento, insumo ou tratamento disponibilizado pelo SUS (A4). O argumento fático foi identificado

em única classe: configuração de risco de agravamento ou risco de morte do paciente (B). Os achados demonstram duas classes para o argumento principiológico: garantia do princípio da dignidade da pessoa humana (C1) e o direito à saúde com garantia de integralidade (C2). Foram encontradas duas classes da categoria econômica: hipossuficiência do paciente (D1) e o alto custo do medicamento, insumo e tratamento (D2).

Os argumentos do HUUFMA (réu), defendidos nas contestações, foram classificados em quatro categorias, quais sejam: econômico, processual, de gestão pública e principiológico. No interior do argumento econômico identificaram-se duas classes: grave lesão à ordem social e econômica (E1) e a orçamento limitado do Estado (E2). Entre os argumentos processuais destacaram-se a perda do objeto da ação (F1), ilegitimidade passiva do Estado (F2) e ausência do interesse de agir do autor (F3). Foram encontrados entre os argumentos principiológicos: o princípio da integralidade do sistema (G1) e o princípio da reserva do possível (G2). Como argumentos de gestão pública identificou-se 3 classes: o Estado não tem obrigatoriedade no fornecimento do medicamento, insumo ou tratamento em virtude de não estar padronizado (H1); o paciente deve utilizar a via administrativa em virtude de o medicamento, insumo ou tratamento ser fornecido pelo SUS (H2) e o medicamento, insumo ou tratamento pode ser substituído por outro similar fornecido pelo SUS (H3).

No julgamento das demandas, a Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado do Maranhão decidiu, na maioria das demandas, pela procedência. Os fundamentos das decisões judiciais foram classificados em 4 categorias: principiológicos, processuais, fáticos e de gestão pública. Entre os fundamentos principiológicos identificaram-se três classes: garantia integral do direito à saúde (J1), direito à saúde como dever do Estado e direito de todos (J2) e o princípio da integralidade (J3). Na categoria de fundamentos fáticos identificaram-se duas possibilidades: falecimento do autor (K1) e comprovação da necessidade do pedido (K2). Os achados indicaram duas classes de argumentos da categoria processual: perda do objeto da ação (L1) e falta do interesse de agir (L2). Na categoria de gestão pública identificou-se apenas a responsabilidade solidária dos entes federativos (M1).

Nenhuma das ações analisadas teve autoria coletiva. Observou-se que os pleitos individuais tiveram mais êxito e notoriedade que ações coletivas, e justificam que o Poder Judiciário tem evitado opinar nesse tipo demanda, possivelmente porque tais ações incidem diretamente na gestão pública. A

maioria das demandas em saúde pública buscou a internação, procedimentos cirúrgicos e vagas em leito de UTI.

3. DIAGNÓSTICO DO HUUFMA EM JUÍZO

Preambularmente, mister salientar que o panorama geral da judicialização da saúde no Estado do Maranhão, especialmente na Capital São Luís, é marcado por um vultoso numerário de decisões judiciais condenando o Estado do Maranhão, o Município e ainda Instituições de Saúde, como o Hospital Universitário da Universidade Federal do Maranhão às seguintes obrigações: a) Fornecer órteses, próteses e outros materiais e equipamentos médicos não incluídos na tabela SUS; b) Internar, compulsoriamente, em hospital da rede pública ou particular, dentro ou fora do Estado, paciente para tratamento cirúrgico, independente da existência de lista de espera ou de normas de referência e contra referência; c) fornecer medicamentos não contemplados pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME (NEVES e PACHECO, 2017, p. 755).

Além disso, a prestação jurisdicional do direito à saúde no Maranhão, se insere no contexto geral de pouca observância dos paradigmas normativos, orgânicos e técnicos, de promoção das políticas públicas de saúde no âmbito do SUS, tal como constatado por Viera (2020, p. 58), que em pesquisa de fôlego dedicada à investigação (qualitativa) da judicialização da saúde em nível nacional, com foco na observação da adequação das decisões judiciais às recomendações do CNJ e do próprio SUS, concluiu que há um “excesso de decisões favoráveis ao autor, baseadas em solicitações individuais e concedidas sem consideração das políticas públicas formuladas pelo Poder Executivo” (NEVES e PACHECO, 2017, p. 756).

Observando-se a experiência do HUUFMA em juízo, observa-se a realidade do Hospital Universitário – objeto da pesquisa – segue a regra geral da judicialização em solo maranhense.

Primeiramente, em termos quantitativos, constata-se que o numerário processual é agudamente expressivo. Sobretudo se consideramos o lapso temporal da investigação. São 96 processos, em uma observação semestral. Isto é, o setor jurídico do HUUFMA respondeu, em média, 15 processos por mês, um processo a cada dois dias de atividade.

Registra-se também que majoritariamente as demandas de acesso à saúde, em que o HUUFMA figura como réu resolve-se com a decisão tomada em juízo liminar. De 76 ações localizadas, 51 seguiram essa sorte.

Ainda, salienta-se que em 47,3% das condenações, o HUUFMA ainda assim não promoveu o bem ou serviço demandado pela parte autora, sob alegação de ausência de condições materiais para tanto.

Sobre – alarmante e preocupante – dado, cabe ponderações acerca de dois fatores que, ao nosso juízo, são dois dos principais óbices à eficiência do Sistema Único de Saúde, quais sejam a má gestão administrativa somada à atuação heterodoxa do judiciário.

Isto porque, aduz-se da pesquisa que, ao mesmo tempo em que o Judiciário ignora importantes aspectos de ordem econômica, sanitária e científica, e defere pretensões extraordinárias; o HUUFMA, não raras vezes, foi incapaz de atender demandas ordinárias constantes na tabela do Sistema Único.

Como já dito, mesmo nas vezes em que foi condenado pela justiça, o HUUFMA, apresentou uma ineficiência na casa dos 47,3%. Ou seja, mesmo sob ordens da justiça, uma a cada duas demandas não era ofertada.

A maior parte dos argumentos apresentados pela Procuradoria da HUUFMA, diz respeito à temática econômica, em especial, questões relacionadas à lesão à ordem econômica e a limitação orçamentária.

No entanto, observou-se que esse argumento não coincide com as teses levantadas pelo autor, que em diversas oportunidades demandaram prestações padronizadas e reconhecidas pelo SUS, o que reforça o entendimento de má gestão da política de saúde. Além disso, a Procuradoria do HUUFMA tem, na maioria dos casos, discutido argumentos técnicos e processuais, que, em última análise, objetivam simplesmente obstaculizar ou dificultar o andamento do processo judicial. A tática do réu é fazer com que o processo não chegue a seu fim natural: a sentença.

A Procuradoria do HUUFMA não enfrentou ou, simplesmente, ignorou os argumentos da gestão pública e principiológicos da CF/88 e do SUS. Os juízes, via de regra, decidiram pela procedência das demandas e nas fundamentações de suas decisões priorizaram os argumentos principiológicos e fáticos.

Fora isso, nota-se que a maioria das decisões não consideraram o componente econômico como decisivo para fundamentá-las; majoritariamente, o HUUFMA sequer teve oportunidade de apresentar suas contrarrazões antes da decisão judicial; em diversas oportunidades condenou-se o HUUFMA a

ofertar providências extraordinárias não constantes no rol das prestações tabeladas pelo Sistema Único de Saúde.

Assim, é comum o HUUFMA ser judicialmente constrangido a promover aquilo que chamamos, no primeiro capítulo, de não-direito à saúde, que é, em síntese, o plexo de insumos e serviços estranhos às diretrizes orgânicas, técnicas e orçamentárias do SUS, que juízes e tribunais determinam que sejam ofertados por dada instituição pública de saúde pertencente ao Sistema Único.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos dados do HUUFMA em juízo, em que este responde às ações judiciais cujo objetivo é obriga-lo ao pronto fornecimento de insumo e/ou serviços de saúde, depreende-se o diagnóstico da promoção do direito à saúde no âmbito do Hospital Universitário.

O exame dos dados nos permite concluir que, a judicialização é um fenômeno corriqueiro e bastante acentuado, na realidade do HUUFMA.

Conclui-se também que, a promoção do direito à saúde no Hospital Universitário da UFMA, assim como na rede estadual de saúde maranhense, ainda é deficitária.

Nesse particular, chama atenção a implicação negativa do intervencionismo judicial, tendo em vista que inúmeras demandas não são atendidas pelo HUUFMA em decorrência da ausência de insumos ou por incapacidade física (estrutural), que pode levar até mesmo à incorreta impressão de ineficiência e consequente errônea afirmação de deficiência da prestação das políticas públicas de saúde no âmbito do HUUFMA.

Constatou-se que isso se dá, sobretudo, por conta do excesso de intervenções judiciais impondo à instituição a oferta de prestações extraordinárias, não constantes nos protocolos normativos do mesmo, o que, como já salientado, prejudica agudamente o emprego eficiente dos poucos recursos que dispõem a administração do hospital.

Assim, observou-se que o Poder Judiciário, ainda que movido por louváveis intenções, em boa medida, acaba colaborando para o agravamento da ineficiência prestacional do HUUFMA. Isto porque, os magistrados seguem a tendência de deferir o pleito em juízo sumaríssimo (ou seja, sem ouvir as contrarrazões do Hospital Universitário), mesmo quando seu objeto trata-se de insumo ou serviço estranho à tabela do Sistema Único. Nesse sentido, a

justiça repetidamente condenou o HUUFMA a promover aquilo que este não se preparou para ofertar, o que, na prática, implica em embaraços administrativos, cujo resultado é promoção deficitária do direito à saúde, ora do próprio demandante, ora da coletividade (em razão da desestruturação organizacional do Hospital).

Portanto, o diagnóstico do HUUFMA em juízo indica que a promoção direito à saúde, no Hospital Universitário da UFMA, encontra-se prejudicada, sobretudo, pela postura heterodoxa do judiciário maranhense.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: (Org). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Singular, 2005. p. 31-60.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: **direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In Revista da Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Vol 31, n 66, jul/dez 2007, p 89 – 114. Acesso em: 23 mar. 2016. Disponível em:< <http://scholar.google.com.br>>.

Brasil, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Para entender a gestão do SUS / Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. - Brasília : CONASS, 2003.

BRITO-SILVA, Keila; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin and TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação**. *Interface (Botucatu)* [online]. 2012, vol.16, n.40, p.249-260.

CARLINI, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. **DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DO SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo judiciário?** 2012. 497 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Usp, São Paulo, 2012.

DINIZ, Maria Helena de. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 21.ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE: INTERCONEXÕES E PERSPECTIVAS ACERCA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA SAÚDE**. 2013. 264 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Puc - Rs, Porto Alegre, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**.9.ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Pilar Bacellar Palhano; PACHECO, Marcos Antônio Barbosa. Saúde pública e Poder Judiciário: percepções de magistrados no estado do Maranhão. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 13, n. 3, p. 749-768, dez. 2017.

RAMOS, E.; DINIZ, I. O DIREITO À SAÚDE E A IDEIA DE PROTEÇÃO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: NOTAS INICIAIS. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 48, p. 159-184, 28 dez. 2017.

RAMOS, Edith Maria Barbosa. **Universalidade do Direito à Saúde**. – São Luís: EDUFMA, 2014.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MIRANDA NETTO, Edson Barbosa de. O FEDERALISMO E O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: LIMITES E POSSIBILIDADES AO ESTABELECIMENTO DE UM AUTÊNTICO FEDERALISMO SANITÁRIO COOPERATIVO NO BRASIL. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 4, n. 49, p. 303-340, 2017.

SARLET et. al. **Comentários à Constituição do Brasil**. – São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner . Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública**, v. 1, p. 179-234, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 4.ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Texto para discussão, Ipea, 2020.

A ÉTICA DA RESPONSABILIDADE E A SOLIDARIEDADE AMBIENTAL

DELMO MATTOS²³³

MARCIO ALMEIDA²³⁴

1. INTRODUÇÃO

Um modelo de sociedade baseada em um modo de produção no qual alterações operativas sobre a natureza são, por conseguinte, determinantes para potencializar as incertezas diante do futuro, constituem-se também, como uma “crise civilizatória”, à medida que são orientadas por “processos insustentáveis e incontroláveis de produção” (OST, 1997, p. 23).

Com efeito, a instalação de uma crise ambiental evidencia, sobretudo, a transgressão dos valores instituídos em nome de uma pretensa racionalidade que não reconhece limites na sua operatividade justificando, por sua vez, “a exploração da natureza em nome do progresso e do poder” (LEFF, 2001, p. 398). O desenho dessa lógica expõe a possibilidade de um risco no que concerne a qualidade de vida das gerações vindouras, no qual, diante dos efeitos esclarecidos, infere-se a sua absoluta condição de vulnerabilidade, a ponto de incorrer a exigência de um mecanismo de efetivação da proteção estatal ao meio ambiente para torná-lo juridicamente um bem a ser usufruído por toda a coletividade, seja no presente, seja no futuro.

Diante desse pressuposto, a solidariedade, como fundamento da preservação ambiental, justifica a imposição de limites aos sujeitos existentes em relação aos sujeitos não-nascidos, por meio da requisição de uma postura de prevenção, em nome da promoção do direito ao meio ambiente. Do mesmo

233. Doutor em Filosofia UFRJ, Professor da Uniceuma/UFMA, Maranhão, Brasil - delmomattos@hotmail.com, pesquisador com financiamento da FAPEMA.

234. Mestre em Meio Ambiente UniCEUMA, Professor da Uniceuma, Maranhão, Brasil - marcioalmeida.adv@hotmail.com

modo, o princípio da solidariedade encontra-se disseminado em todo o conteúdo normativo que envolve o direito do ambiente, encontrando-se implícito na norma expressa no artigo 225 da Constituição de 1988. É possível inferir do texto do referido dispositivo a incumbência atribuída ao Estado e aos particulares no sentido de desfrutar do meio em que vivem de forma consciente e equilibrada, assegurando um comprometimento com a preservação e manutenção do ambiente, o que consequentemente proporcionará a almejada equidade intergeracional.

Diretamente relacionado com a preservação da vida humana e a dignidade, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado tornou-se reconhecido como um direito fundamental de terceira dimensão. Essa perspectiva preservacional de direitos, enseja uma responsabilidade do Estado no que concerne a determinar alternativas de posicionamento em relação às necessidades ambientais atuais e futuras. Segundo Ayala (2010), a medida em que a proteção ambiental é inserida na tutela constitucional como dever de proteção estatal e, também, como um direito fundamental, passa-se a demandar de uma remodelação na estrutura do Estado, dirigida para uma forma “transversal e cooperativa” da atuação dos poderes políticos, entes estatais, órgãos administrativos, dentre outros, com o desígnio de perseguir e atingir tal finalidade.

Jonas (2006) empreende uma crítica contundente ao fato de que a ciência e a técnica moderna, impulsionadas incessantemente pela atividade econômica estão, inevitavelmente, movimentando forças nunca conhecidas, cujos efeitos maléficos, remotos e cumulativos da intervenção negativa sobre a natureza, exigem mais do que nunca, o engendramento de uma reorientação da ética. Tal reorientação assume, necessariamente, uma postura fundamentada em uma responsabilidade projetada para o futuro longínquo, contrapondo assim, aquelas teorias éticas tradicionais circunscritas em um âmbito calculável e de curto prazo, ou seja, do tempo presente.

Esta concepção de preservação da humanidade futura como dever da humanidade presente expõe, decisivamente, o núcleo metodológico da proposta argumentativa de Jonas em relação a responsabilidade, uma vez que, a existência real de uma humanidade autêntica traduz-se por meio da formulação de um imperativo cujo o escopo é uma exigência ética o qual fundamenta-se, metafisicamente, a partir de uma aproximação teórica com o que Jonas denomina de “responsabilidade ontológica”.

2. OBJETIVOS

Com o objetivo de evidenciar a problemática relativa à eficácia constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, parte-se da problematização acerca do princípio da responsabilidade proposto por Hans Jonas em relação ao aspecto intergeracional presente no discurso de proteção e preservação ambiental. Nesse sentido, torna-se, portanto, imprescindível determinar as condições legítimas da concreção ao ideário de solidariedade que caracteriza o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3. MÉTODOS

A pesquisa utilizou-se do levantamento bibliográfico das obras de referência sobre o assunto, bem como por meio de artigos científicos especializados. Realizou-se uma leitura analítica da obra principal usando de comparações e reflexões que respondessem à pergunta fundamental da pesquisa.

4. DISCUSSÃO

Na perspectiva Jonas, a ética tradicional revelar-se-ia possuir um caráter antropocêntrico pelo qual a relação homem/homem e homem consigo mesmo são os únicos parâmetros possíveis que viabilizam a atuação da reflexão normativa. Sendo assim, qualquer relação com o “mundo extra-humano” e, conseqüentemente, o domínio absoluto da técnica moderna, no sentido de habilidade, exceto a medicina, consiste, segundo o filósofo em questão, como intencionalmente neutro do ponto de vista ético (JONAS, 2006). Não obstante, Jonas enfatiza que a moderna intervenção tecnológica do homem, ao modificar tão radicalmente a natureza, retirando-lhe a sua anterior qualidade estável e condição perene, também modifica a natureza da ação humana e, uma vez que, a ética diz respeito à ação, conclui-se que a modificação da natureza de ação humana exige uma reorientação dos parâmetros da ética.

Perante as conseqüências conflitantes do imperativo kantiano, o qual Jonas considera ser o modelo da tradição ética, é possível demonstrar certa imutabilidade da natureza e do homem, enfatizando estar esse imperativo completamente desconexo em relação às possibilidades dos efeitos negativos da técnica moderna. Desse modo, mediante a insuficiência dos antigos

paradigmas do agir, Jonas empreende uma reformulação do imperativo categórico kantiano, cuja sentença fundamental determina: “Aja de modo a que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a terra. [Ou, dito de uma forma negativa] Aja de tal modo que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de tal vida” (JONAS, 2006, p. 48).

Diferentemente do kantiano, o imperativo formulado por Jonas contém em seu fundamento, uma legítima exigência moral, em vista a preservação da própria ideia de homem, uma vez que a sua responsabilidade para as gerações futuras é extensiva, tornando, por conseguinte, aqueles que ainda estão por vir objetos essenciais dessa nova dimensão ética.

Não obstante, enquanto proposição moral, ou seja, enquanto obrigação prática perante a posteridade de um futuro distante, o princípio de decisão imbricado no âmago do imperativo proposto pelo filósofo em questão, na visão de Greisch, “possibilita empreender a abertura de um horizonte temporal de um futuro real e previsível mediante a imposição de um dever relacionado com a existência e com a essência autêntica de uma humanidade futura” (1992, p. 15).

Com relação a essa questão, torna-se imprescindível aos propósitos argumentativos da responsabilidade empreendida por Jonas, direcionar a atenção para a contemporaneidade, pois, além de ser o elemento primordial para o desenvolvimento daquelas ações que viabilizam o comprometimento do dever-se em relação ao respeito pela vida e sua respectiva continuidade no futuro, o tempo presente demonstra uma absoluta ausência de habilidade para avaliar, responsabilmente, as consequências reais dos resultados tecnológicos provenientes de determinadas intervenções ou manipulação na estrutura biológica humana operacionalizada, sobretudo, pelas transformações tecnológicas no âmbito da técnica médica, especialmente, aquelas relacionadas a eugenia, a eutanásia, a manipulação do comportamento humano e o controle genético.

Segundo Depré, o futuro da humanidade não pode ser negligenciado das escolhas e atribuições do tempo presente, pois, na perspectiva dele: “Não se tem o direito de escolher ou de arriscar a não-existência de gerações futuras por causa da atual” (2003, p. 22). Sendo assim, as esferas do agir humano pautam-se para um afastamento do caráter imediatista para um agir baseado na inviabilidade aos impactos futuros. Nesse caso, os princípios jurídicos devem assumir um novo direcionamento, ou seja, o de mediador do agir humano na consecução do equilíbrio e da integridade do planeta.

Com base nisso, segundo Fiorillo (2012), não há como dissociar o meio ambiente dos demais aspectos da sociedade, de modo que ele exige uma atuação globalizada e solidária, à medida em que fenômenos como a poluição e a degradação ambiental não são obstaculizados por determinadas fronteiras e, sobretudo, não encontram nenhum limite de ordem territorial. Nesta perspectiva, o diálogo constante entre a necessidade de manutenção do meio ambiente e a dignidade da pessoa humana, enquanto diretriz constitucional amplificada, faz emergir uma nova dimensão do referido princípio, ou seja, a dimensão ecológica da dignidade humana norteadas para o âmbito presente e o futuro.

Tanto a preservação quanto a sustentabilidade do uso racional dos recursos naturais devem assegurar um “padrão constante” para efetivar a melhoria da qualidade de vida dos seres humanos para garantir sua própria vida e a perpetuação da espécie planetária. Afinal, afirma Dumas, “as gerações futuras sofrerão as consequências das atitudes das gerações atuais” (1973, p. 45). Por outro lado, segundo Macrory (2004), a corresponsabilidade ou responsabilidade compartilhada no meio ambiente significa, com efeito, que no objetivo e proteção ou defesa ambiental, as obrigações que dela derivam não recaem exclusivamente sobre um sujeito determinado, mas sobre todos aqueles atores implicados de um modo ou outro em tal função.

5. RESULTADOS

O art. 225 da Constituição Federal de 1988 consiste no dispositivo que confere máxima proteção legal ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Seus fundamentos relacionam-se diretamente à proteção da vida e da saúde salvaguardando, por sua vez, a dignidade da pessoa humana ao viabilizar a funcionalização ecológica da vida social, tal como dispendo, no caput: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Na perspectiva de Gardiner (2006), os denominados de direitos de Solidariedade na verdade revelam-se direitos de terceira dimensão, na medida em que se desprendem, em princípio, da figura do indivíduo com seu titular, objetivando-se à proteção de grupos humanos e, como tal, caracteriza-se também

como direitos de titularidade difusa ou coletiva. Desse modo, a concepção de solidariedade implicitamente prevista na Constituição torna-se, portanto, o valor constitutivo da construção de um elenco de deveres fundamentais. O que, certamente, na perspectiva de Giuffrè (2002), relaciona o princípio da dignidade humana com o princípio fundamental da solidariedade.

Entre os três domínios exaltados por Canotilho (2002) no que concerne aos interesses das futuras gerações que são carecedores de tutela do Estado, o âmbito das alterações irreversíveis dos ecossistemas terrestres, em consequência dos efeitos cumulativos da atividade humana sobre o ambiente, são o que merece maior atenção. Justifica-se, portanto, a relevância por ser esse princípio aquele que objetiva tutelar o “mínimo existencial ecológico” e, desse modo, torna-se estruturante na constituição de Estado Socioambiental e Democrático de Direito, de modo que o referido autor o concebe como um “lugar de encontro”, no qual os cidadãos possam conviver e se desenvolver com segurança, liberdade e igualdade substancial.

Destarte, o princípio da solidariedade encontra-se implícito uma ideia de responsabilidade que, na visão de Greisch, “possibilita empreender a abertura de um horizonte temporal de um futuro real e previsível mediante a imposição de um dever relacionado com a existência e com a essência autêntica de uma humanidade futura” (1991, p. 15). Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da equidade intergeracional decorre da efetivação do princípio da solidariedade.

Diante desses esclarecimentos, tais questões só poderão ser respondidas diante de uma exegese sistêmica da constituição. Sob este aspecto, percebe-se que a lei maior, em seu Art. 225, caput, ao afirmar que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...]” (BRASIL, 1988), rompe o paradigma que polariza os bens em públicos ou privados, pois seu titular não é o Estado, nem o particular, mas todos. Desta maneira, fica claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é, nem público, nem muito menos privado, mas “[...] é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência.” (GIUFFRÈ, 2002, p. 127).

Com essas considerações, fica evidente, portanto, a necessidade do princípio da precaução na orientação das atitudes humanas pelo ideal de prudência a fim de impedir que as gerações do presente ameacem a existência de vida no planeta. Logo, é um dever jurídico da humanidade presente com a futura,

isto é, um dever que deriva do direito de sadia qualidade de vida às próximas gerações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solidariedade como princípio fundamental de terceira geração presente na Constituição de 1988 relaciona-se diretamente com a dimensão do tempo, ou seja, projetando para o futuro o pressuposto de garantir, não somente aqueles presentes, mas às futuras gerações, um meio ambiente sadio e equilibrado. Na verdade, o significado do conceito “todos”, a esfera constitucional, revela que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deva transcender a esfera individual. Sendo assim, percebe-se que proteção dos direitos difusos é o “interesse metaindividual”.

O reconhecimento da solidariedade como elemento de sustentação de uma nova ética constitui o marco teórico do princípio da equidade intergeracional. Em virtude disso, a proteção do ambiente constitui-se como objetivo ou fim constitucional do Estado de Direito socioambiental. Nesse viés, a necessidade de um ambiente justo e equilibrado converteu em um bem jurídico essencial à sadia qualidade de vida.

A solidariedade assume papel essencial na busca pela efetiva qualidade de vida de toda a humanidade. Almeja-se que dessa forma as próximas gerações possam ser induzidas ao compromisso de dar continuidade ao processo de solidariedade e equidade intergeracional, atendendo aos objetivos do Estado Democrático de Direito. A dimensão ecológica da dignidade humana deve repercutir na tutela da dignidade das futuras gerações para efetivamente legitimar novos valores no âmbito comunitário a fim de que sejam conferido o sentido à sua real existência.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002.

DEPRÉ, Olivier & **LORIES**, Danielle. Vie et liberté – Phénoménologie, nature et éthique chez Hans Jonas. Paris: Vrin, 2003,

DUMAS, André. Réponse à Hans Jonas. Revue Esprit, Paris, n. 438, p. 185 -190, set. 1974.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. O direito de antenna em face do direito ambiental no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2000.

GREISCH, Jean. Serviteurs et otages de la nature? La nature comme objet de responsabilité. In P. Colin (éd.) De la nature. De la physique classique au souci écologiques. Paris: Beauchesne, coll. «Philosophie», 1992, pp. 319-359.

GARDINER, Stephen M. Protecting future generations: intergenerational buck-passing, theoretical ineptitude and a brief for a global core precautionary principle. Handbook of intergenerational justice. United Kingdom: Edward Elga, 2006.

GIUFFRÈ, Felice. La solidarietà nell'ordinamento costituzionale. Milano: Giuffrè, 2002.

LEFF, E. Complexidade, Interdisciplinaridade e Saber Ambiental. In: Interdisciplinaridade em Ciências Ambientais, PHILIPPI JUNIOR, Arlindo, TUCCI, C.E.M., HOGAN, D.J., NAVEGANTES, Raul (editores), São Paulo: Signus, 2001

MACRORY, Richard (ed.), Principles of European environmental law, The Avosetta Series (4), Europa Laww Publishing, 2004.

MILARÉ, Édís. Direito ao Ambiente: a gestão ambiental em foco. 7ed. Revista atual e reformulada. São Paulo: RT, 2011.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MODERNO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

GABRIEL WEDY²³⁵

1. INTRODUÇÃO

Sinto-me honrado e extremamente feliz em participar desta obra, em justa e merecida homenagem, ao Excelentíssimo Senhor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Jurista que, ao longo das décadas, manteve-se sempre, enquanto procurador do Estado do Maranhão, juiz de direito do distrito federal, juiz federal, desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, professor e, posteriormente, ministro do Superior Tribunal de Justiça, fiel ao Estado Democrático de Direito e a defesa e guarda do texto da Constituição Federal de 1988. Um exemplo de vida pessoal, institucional, jurisdicional e acadêmica que serve de lume e norte para a comunidade jurídica e para a sociedade brasileira.

Pois bem, não se pode duvidar que o pilar humano (de inclusão social) do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável está intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. É mandatória, portanto, a análise do princípio da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões²³⁶, buscando suas raízes históricas, com a análise da evolução do

235. Gabriel Wedy é Juiz Federal. Professor nos programas de Pós-Graduação e de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos- Unisinos. Pós-Doutor e Mestre em Direito Ambiental. Visiting Scholar pela Columbia Law School (Sabin Center for Climate Change Law) e Professor Visitante na Universität Heidelberg- Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht. É professor na Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFERS. Foi Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE. Autor de diversos artigos na área do direito ambiental no Brasil e no exterior e, entre outros, do livro *O desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*.

236. Importante observar que o princípio da dignidade da pessoa humana caminha junto com o princípio constitucional da fraternidade. Em boa hora, refere o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

princípio ao longo do tempo. Diplomas legais no âmbito internacional que consagraram o princípio e os julgados que o tem densificado e normatizado precisam ser identificados para a solidificação e a garantia de consistência do presente texto. A preferência, neste ponto, recairá sobre *leading cases* provenientes da jurisprudência alemã, francesa e norte-americana, pela importância que possuem esses países no âmbito do direito constitucional.

Importante contextualizar o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, com base em doutrina nacional para, também, verificar a jurisprudência do STF concernente ao tema.²³⁷

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que de modo rudimentar, encontra registro desde os primórdios da humanidade. Basta observar os escritos do Gênesis, na Bíblia Sagrada:

Deus criou o ser humano à sua imagem, à imagem de Deus o criou, macho e fêmea ele os criou. E Deus os abençoou e lhes disse: ‘Sede fecundos e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a! Dominai sobre os peixes do mar, as aves do céu e tudo o que vive e se move sobre a terra’.²³⁸

Essa visão antropocêntrica, colocando o homem no epicentro do Universo, está expressa no texto bíblico, que diz com todas as letras que o homem foi criado, embora não como um Deus, à sua imagem e semelhança.

A característica de uma visão centrada no ser humano prossegue no texto basilar da fé judaico-cristã: “Eis que vos dou todas as plantas que produzem semente e que existem sobre a terra, e todas as árvores que produzem

com aguda sensibilidade jurídica e social, que “...as experiências históricas de realização da igualdade à custa da liberdade (totalitarismo) ou do sacrifício da igualdade (de oportunidades, inclusive) em nome da liberdade (sentido especialmente econômico: mercado) revelam o desastre de uma tentativa de transformação social não alicerçada na fraternidade. Na verdade, a fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas. FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 167.

237. Acadêmicos tendem a ser fortemente críticos em relação às decisões judiciais, e juízes tendem a ignorar advertências doutrinárias. Importante é a análise ponderada entre doutrina e jurisprudência. Sobre os caminhos divergentes entre a academia e o Poder Judiciário, ver: POSNER, Richard. *Divergent paths. The academy and the judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. Ver também: POSNER, Richard. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 329-350.

238. BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 13. (Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 18).

fruto com semente, para vos servirem de alimento”. E o Deus bíblico, após concluir o seu trabalho, em prol da humanidade, “descansou no sétimo dia de toda a obra que fizera”²³⁹.

Após o *indigno* pecado original de Adão e Eva no paraíso, segundo a religião, a culpa imiscui-se na humanidade, e o *humano pecador*, por meio da fé em Deus e da expiação do pecado, passou a buscar o resgate de sua dignidade perdida.

O tom calcado no sentimento de culpa, no pecado e na redenção do homem pela fé não é diferente para os muçulmanos. No Alcorão Sagrado, nesta conhecida passagem, isso ficou bem demonstrado: “Ó humanos, em verdade, nós vos criamos de macho e fêmea e vos dividimos em povos e tribos para reconhecerdes uns aos outros. Sabei que o mais honrado, dentre vós, ante ALLah, é o mais temente. Sabei que ALLah é Sapiientíssimo e está bem inteirado”.²⁴⁰ A dignidade do ser humano era medida – e ainda o é –, no âmbito religioso, pela fé em Deus. ALLah, em conformidade com o Alcorão, é vigilante e sabe quem são aqueles que têm fé e honra e aqueles que não têm fé e, portanto, não têm honra nem dignidade.

Nos primórdios da humanidade, destarte, a dignidade do homem era medida pela fé em Deus. Aquele que não tinha fé era um simples pagão, destituído de dignidade, isso em igual intensidade para judeus, muçulmanos ou cristãos (em especial pelas leituras do Velho Testamento). Deus estaria sempre vigilante e seria implacável com os seus filhos pecadores que não o temessem.

O estrangeiro, por sua vez, nem em Roma, nem em Atenas, era dotado de dignidade, pois não podia ser proprietário ou casar-se. Os filhos de cidadãos romanos ou atenienses com estrangeiros eram considerados bastardos. Os estrangeiros também não podiam celebrar contratos ou herdar.²⁴¹ Em Roma era considerado cidadão e digno de respeito aquele que honrava os mesmos deuses da cidade, estava inscrito no livro dos cidadãos e havia jurado que praticaria os cultos aos deuses e que combateria por eles.²⁴² O cidadão romano tinha uma situação privilegiada, quer no campo do direito privado,

239. BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 13. (Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 18).

240. Ver: Al Hujjurat 49:13 em: ALCORÃO Sagrado. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 312. (Coleção Folha: livros que mudaram o mundo, v. 19).

241. COULANGES, Fustel. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia Antiga e de Roma. São Paulo: Bauru, 2009. p. 161.

242. COULANGES, Fustel. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia Antiga e de Roma. São Paulo: Bauru, 2009. p. 159.

quer no campo do direito público: no campo do direito privado, tinha o *jus commercii*, o *jus connubii* e o direito de agir em juízo, recorrendo à *legis actio*; no direito público, o cidadão tinha o *jus suffragii*, o *jus honorum* e o direito de servir nas legiões.²⁴³

O *status* pessoal do cidadão ou a importância do exercício de determinadas funções conferiam-lhe a *dignitas*. O pensamento estoico, ao contrário, era de que todas as pessoas eram dotadas de igual dignidade e que, nessa outra perspectiva, a dignidade já era tomada por qualidade própria, como inerente aos seres humanos, estando vinculada à ideia de liberdade pessoal de cada indivíduo.²⁴⁴ Foi, no entanto, a partir das formulações de Cícero que se desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou da posição social, sendo possível reconhecer a coexistência de um sentido moral e sociopolítico de dignidade.²⁴⁵ Desde essa primeira utilização, o discurso de Cícero tem sido associado à razão e à capacidade do homem em tomar livremente decisões morais.²⁴⁶

É importante observar que, até a Idade Média, em um ambiente não secularizado²⁴⁷, a dignidade humana confundia-se de modo permanente com a religião. Um marco do início do rompimento dessa visão, em 1468, foi o discurso de Picco, Conde de Mirandola, no sentido da emancipação da razão filosófica em relação à razão teológica. Neste discurso, *Oração sobre a Dignidade do Homem*, duramente criticado pela Igreja Católica e entendido como uma

243. CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 102.

244. Ver: COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 421. Ver também: SARLET, Ingo. Comentários ao art. 1, inc. III, da CF/88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 121.

245. SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 35-36.

246. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 16.

247. Catroga refere que as razões para situar uma das causas da secularização judaico-cristã podem ser resumidas em três: em primeiro lugar, a afirmação da transcendência de Deus implicou a autonomia do mundo natural e político; em segundo lugar, Javê foi definido como Deus móvel, que intervém na história por meio de ações específicas, e a sua aliança com o povo eleito também é histórica, ficando assim rompida a lógica circular do cosmos e insinuada a historização – que a Encarnação reforçou – das relações do homem com Deus, bem como a abertura de um campo de possibilidades para a assunção do indivíduo como ser livre e responsável no tempo; em terceiro lugar, a normatividade mosaica e a esperança escatológica no Juízo Final definiram o novo Deus como um Deus ético, fonte que incitou as consciências cristianizadas a racionalizarem os ditames da moral e a desenharem horizontes de expectativas que serão projectados no imanentismo histórico. CATROGA, Fernando. Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil. Coimbra: Almedina, 2006. p. 24-25.

heresia, está estampada a busca do ser humano pelo conhecimento.²⁴⁸ Picco construiu uma “distinção entre o mundo natural e o mundo espiritual”, estando o homem “no centro do mundo, pois é o próprio Deus que reconhece essa posição central” do ser humano como “uma entidade que não é nem celeste, nem terrena, mas completamente livre para se autoconformar, tal como um artista ou um poeta, livre para dar forma à sua própria existência”. E a velha doutrina do *imago Dei* começa a ser substancialmente “superada por uma visão do homem que, precisamente porque feito à imagem do seu criador, é também senhor do seu mundo²⁴⁹.”

Entre outros contratualistas, posteriormente, pode-se atribuir especialmente à Kant a justificação moral para um conceito base para a dignidade da pessoa humana. O filósofo de Königsberg afirmou que uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com os outros).²⁵⁰ O princípio supremo da doutrina dos costumes de Kant é o imperativo categórico, qual seja: “Age com base em uma máxima que pode também ter validade com uma lei universal”. Qualquer máxima que não seja assim qualificada é contrária à moral.²⁵¹ A ação, que está de acordo com o imperativo categórico, é aquela boa em si mesma, independentemente da finalidade a que se propõe ou de suas eventuais consequências e resultados. Está vinculada a princípios morais apriorísticos que, desde que observados, não levarão o homem a uma conduta equivocada e à tão temida irrisão moral. Dentro da ética proposta por Kant, é possível verificar noções claras de razão e dever. O indivíduo deve conter seus desejos, seus impulsos e suas paixões²⁵² e descobrir qual a lei moral que deve pautar a sua conduta.

Refere Sandel que a teoria de Kant não se baseia na ideia de que somos donos de nós mesmos ou na afirmação de que nossa vida e nossa liberdade

248. MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. A dignidade do homem. Lisboa: Edições 70, 1986. Ver, igualmente: MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. Oratio de hominis dignitate. Disponível em: <http://www.wsu.edu:8080/~wldciv/world_civ_reader_1/pico.html>. Acesso em: 01 jan. 2016.

249. RIDOLA, Paolo. A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 33.

250. KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 47.

251. KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 48.

252. Para Sandel: “Kant repudia o papel subalterno da razão. Para ele, a razão não é somente uma escrava das paixões. Se a razão fosse apenas isso, diz Kant, estaríamos melhor se optássemos pelos instintos. O conceito kantiano de razão – de razão prática, aquela que tem a ver com a moralidade – não é o de uma razão instrumental, e sim uma razão prática pura, que cria suas leis a priori, a despeito de quaisquer objetivos empíricos”. SANDEL, Michael. Justice: what’s the right thing to do? New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. p. 118.

sejam um presente de Deus. Ao contrário: parte da ideia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito.²⁵³ E o respeito à dignidade humana, para Kant, exige que tratemos as pessoas como um fim em si mesmas. Por isso, nessa concepção, é errado usar algumas pessoas em prol do bem-estar geral, como prega o utilitarismo.²⁵⁴ Ou, como refere Weber, de maneira elucidativa, sobre a dignidade segundo Kant, “quem tem dignidade nunca pode ser considerado simplesmente como meio”.²⁵⁵

Barroso, por seu turno, entende que as ideias de Kant referentes à dignidade da pessoa humana podem ser condensadas em uma única proposição, qual seja:

[...] a conduta moral consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal; todo homem é um fim em si mesmo, e não deve ser instrumentalizado por projetos alheios; os seres humanos não têm preço nem podem ser substituídos, pois eles são dotados de um valor intrínseco absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.²⁵⁶

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje “parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana”.²⁵⁷

O Iluminismo e a secularização marcaram, com contribuição kantiana, uma visão independente de dignidade da pessoa humana, deslocada da fé religiosa, fundamentada na autonomia e no direito ao respeito do homem como um fim em si mesmo. Todavia, foi após as Guerras Mundiais, em especial a Segunda, marcada pelas brutalidades do nacional-socialismo, que a humanidade sentiu-se tocada pela necessária proteção do ser humano e de sua dignidade no plano internacional. Houve um “ressurgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra marcado por documentos e

253. SANDEL, Michael. *Justice: what's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. p. 104.

254. SANDEL, Michael. *Justice: what's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009. p. 110. Uma crítica mais consistente de Sandel sobre o utilitarismo pode ser verificada em: SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

255. WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2009. p. 51.

256. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 72.

257. SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42.

jurisdições internacionais de defesa e garantia dos direitos humanos contra os Estados nacionais”.²⁵⁸

Marco desse período histórico foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), de 10 de dezembro de 1948, que já em seu Preâmbulo consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana. E foi além ao dispor, em seu art. 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.²⁵⁹ Após tal marco, vários tratados de direitos humanos consagraram o princípio da dignidade da pessoa humana, com importante destaque para a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em Nice, em dezembro de 2000, a qual dispõe, no seu art. 1º: “[...] A dignidade do ser humano é inviolável”.²⁶⁰

Máxima que justifica em parte o princípio, ainda que merecedora de críticas pela evidente simplificação com que é exposta aqui, e não inclua os particulares como violadores da dignidade da pessoa humana, está expressa nas palavras de Dworkin:

[...] o governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formular concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e igual respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direitos a mais, por serem merecedores de maior consideração.²⁶¹

Dignidade não implica apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também “o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, sejam tais atos oriundos do

258. NOVAES, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional: em um Estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 44.

259. UNESCO. Declaração universal dos direitos humanos. Brasília, DF: UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2019.

260. CARTA dos direitos fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, [S.l.], 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

261. DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 419.

Estado, sejam provenientes de atores privados”. Fundamental é assegurar ao ser humano “por meio de medidas positivas (prestações), o devido respeito”.²⁶²

A dignidade da pessoa humana deve ser respeitada nos âmbitos estatal e comunitário e necessita ser garantida por um complexo de direitos e deveres que são incompatíveis com o tratamento cruel, desumano e degradante perpetuado por parte do Estado e de particulares às pessoas. Deve ser garantido um mínimo social consubstanciado no direito a prestações estatais enquanto direitos fundamentais sociais.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA

A dignidade da pessoa humana vem sendo reconhecida por diversas decisões de tribunais estrangeiros, as quais fixam a sua limitação e seus parâmetros, densificando-a, enquanto princípio, no enfrentamento dos casos em concreto. A construção e a modulação de um conceito jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana são realizadas, para além dos diplomas legais, pela norma que emana da aplicação desse princípio pelas Cortes.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal decidiu, no ano de 1994, pela proibição da negação do Holocausto, com citação expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁶³ Já no ano de 2006, o Tribunal entendeu pela proibição do abate de aeronaves sequestradas por terroristas que - ao estilo *onze de setembro*, no atentado contra as torres gêmeas do *World Trade Center*, em Nova York - poderiam desviá-las contra alvos predeterminados para ceifar vidas humanas. Mais precisamente, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade de legislação que concedia ao Ministro da Defesa poderes para determinar o abate de aviões civis quando fosse possível a sua utilização para destruir vidas humanas.²⁶⁴

Na França, embora exista uma tradição cultural marcada pelo lema liberdade, igualdade e fraternidade, houve duas polêmicas decisões do Conselho Constitucional ao apreciar o princípio da dignidade da pessoa humana. O Conselho Constitucional, em 2010, entendeu como constitucional a lei que

262. SARLET, Ingo. Comentários ao art. 1, inc. III, da CF/88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 121.

263. DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. 90 BVerfGE 241 [1994].

264. DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. BVerfG, 1 BvR 357/05. Ver: DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. Karlsruhe, 2015. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg06-011en.html>>. Acesso em: 11 out. 2019.

tornou ilegal o uso, em público, de véu que cobrisse integralmente o rosto das mulheres, o que, nesse contexto, por consequência, acabou proibindo a utilização da burca pelas muçulmanas.²⁶⁵ A decisão causou forte resistência na comunidade islâmica francesa e protestos de muçulmanos em todo o mundo, em especial no oriente médio. É de se entender como justificável a referida decisão, em que pesem os acalorados debates que a envolveram, em virtude do risco de atentados terroristas tão em voga nos dias atuais, em especial na França, como demonstrado nos sangrentos anos de 2015 e 2016. Ocorreu uma evidente intervenção no direito de liberdade religiosa da mulher muçulmana e na sua dignidade enquanto ser humano. Após uma ponderação de valores e princípios, o Conselho decidiu que deveria preponderar a preservação e a proteção da dignidade e do direito fundamental à vida das pessoas possíveis vítimas de atos terroristas.

Não andou bem o Conselho Constitucional em outro caso, ao decidir como constitucional legislação que proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo.²⁶⁶ A discriminação contra o casamento *gay*, ainda que seja reconhecida a polêmica que o envolve, não possui mais respaldo em uma sociedade que respeita a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

Cortes francesas já demonstraram maior sensibilidade no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana. Foi assim na Decisão do Conselho de Estado, em 1995, que acolheu o recurso da *Comune de Morsang-Sur-Orge* e entendeu como legítimo o provimento do poder público municipal no sentido de proibir, por motivo de ordem pública, o espetáculo em uma casa noturna chamado “lançamento de anões”. Para o Conselho de Estado, pouco importa se o anão, principal ator do espetáculo, consentiu ou se ganhava a vida com a referida atividade. Acima deste aspecto – direito de escolha do anão em participar do show –, está a dignidade da pessoa humana, que é um dos elementos essenciais para a ordem pública.²⁶⁷ Referida decisão foi reconhecida como correta no âmbito doutrinário.²⁶⁸

265. PARIS. Conseil Constitutionnel. Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-07-octobre-2010.49711.html>>. Acesso em: 01 jul. 2019.

266. CONSEIL constitutionnel dit non au mariage homosexuel. Le Soir, France, Jan. 28, 2011. 2011. Disponível em: <<http://www.lesoir.be/actualite/france/2011-01-28/leconseil-constitutionnel-dit-non-au-mariage-homosexuel-818228.php>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

267. FRANCE. Conseil d’État, n 136727, 27 outubro 1995, Commune de Morsang-Sur-Orge.

268. Ridola, ao comentar o caso, refere-se a uma noção de recuperação da ordem pública que tem encontrado resistência na cultura jurídica francesa, mas que tem sido bem acolhida pela jurisprudência do Conselho de Estado (Conseil d’État), desde o final dos anos 1950, por via da qual a moralidade deve ser reconhecida como elemento componente do conceito de ordem pú-

Nos Estados Unidos, não há referência expressa à dignidade da pessoa humana no texto da Constituição. Apesar disso, desde meados dos anos 1940, esse conceito tem adquirido influência na jurisdição constitucional americana²⁶⁹. Esclarece Barroso que a primeira aparição da expressão dignidade humana, em um voto majoritário, deu-se no caso *Rochin v. Califórnia*.²⁷⁰ No referido *leading case*, a Suprema Corte debateu a possibilidade de a polícia utilizar-se de expedientes médicos e da força para fazer um suspeito vomitar cápsulas que havia engolido para a ocultação de provas contra si mesmo. Esse expediente, é de se salientar, foi entendido como legal e motivou a condenação de Rochin no primeiro grau. Os *Justices* entenderam, ao apreciar o recurso da decisão, que a condenação deu-se com métodos que violaram o devido processo legal e que o uso de tal força foi brutal e excessivo para a dignidade da pessoa humana na obtenção de provas contra um suspeito de crime.²⁷¹

A dignidade da pessoa humana, igualmente, foi um dos argumentos importantes invocados no julgamento do caso *Brown v. Board of Education*.²⁷² Esse foi um dos mais importantes *leading cases* julgados pela Suprema Corte americana, envolvendo a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana a fim de impedir a segregação entre negros e brancos nas escolas públicas. Mesmo após a decisão do caso *Brown*, é importante que se faça o registro: vários Estados do sul dos Estados Unidos continuaram a desafiar a lei até a aprovação do *Civil Rights Act of 1964*²⁷³, que foi um marco no plano legislativo em defesa dos direitos civis. Referido diploma legal prevê, de modo expresso, a ilegalidade de qualquer discriminação baseada na raça, na cor, na religião, no sexo ou na origem nacional.

blica, algo como um “mínimo ético comum” compartilhado por toda a sociedade. RIDOLA, Paolo. A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 33.

269. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 40.

270. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

271. UNITED STATES. Supreme Court. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 174 (1952). De modo mais aprofundado, ver *Rochin v. California* em: GÜNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional law*. 13th ed. New York: The Foundation Press, 1997. p. 440 e ss.

272. UNITED STATES. Supreme Court. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 438 (1954). Ver sobre os casos *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)* e *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown II)* em: STONE, Geoffrey et al. *Constitutional law: keyed to courses using*. 6th ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 54-56. De um modo mais abrangente e aprofundado, ver sobre os referidos *leading cases* em: GÜNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional law*. 13th ed. New York: The Foundation Press, 1997. p. 673-681.

273. UNITED STATES Congress. *Civil Rights Act of 1964*. Disponível em: <<https://www.loc.gov/exhibits/civil-rights-act/civil-rights-act-of-1964.html>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Como bem referido por Ackerman, na recente obra que completa sua trilogia, *We the People*, com o *Civil Rights Act of 1964*, os americanos começaram a resolver uma década de debates provocados por *Brown* para dar a ele um apoio sustentado por uma legislação de referência que repetidamente reafirmou os princípios de *Warren*. E, nesse exemplo-chave, o esforço para redefinir esse cânone constitucional e incluir estatutos de referência teve a paradoxal consequência de exigir que os operadores do Direito levem a Suprema Corte mais a sério e tratem o caso *Brown* pelo que ele foi: a maior decisão judicial do século XX²⁷⁴ no reconhecimento da dignidade da pessoa humana nos Estados Unidos.

Digno de nota, também, o caso *Lawrence v. Texas*.²⁷⁵ Nos Estados Unidos, o cenário de discriminação contra a comunidade *gay* começou a mudar quando John Geddes Lawrence, um homem de 60 anos, e seu parceiro sexual, Garner, de 36, foram flagrados, mediante denúncia anônima, desvinculada ao fato, praticando sexo no apartamento de Lawrence. Ambos foram presos e acusados de violação à Lei de Sodomia do Texas. A lei proibia as práticas de sexo anal e oral entre pessoas do mesmo sexo. Cada um dos acusados pagou US\$ 125 dólares de fiança para responder ao processo em liberdade. Ambos apresentaram defesa em juízo, mas restaram condenados por praticarem “sexo desviante”. A Corte de Apelação do Texas, após interposição de recurso pelos condenados, decidiu, por 7 a 2, que a Lei de Sodomia era constitucional.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 2002, depois de novo recurso, apreciou o caso em caráter definitivo e anulou a lei que criminalizava a sodomia no Estado do Texas. A Corte alterou, assim, a jurisprudência anterior que havia ratificado a Lei de Sodomia do Estado da Geórgia, no *leading case Bowers Vs Hardwick*²⁷⁶, no ano de 1986, reconhecendo a autonomia dos Estados para legislar nesse tipo de matéria. A nova decisão se deu porque a Lei de Sodomia do Texas violava a 14^a Emenda da Constituição americana quando previa que o sexo praticado entre pessoas do mesmo sexo era ilegal e, também, por desrespeitar a intimidade e a prática sexual consensual. Constatou no voto do *Justice Kennedy* (posição majoritária) a expressão *dignidade humana* em várias passagens.²⁷⁷

274. ACKERMAN, Bruce. *We the people: the civil rights revolution*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2014. 3v. p. 317.

275. UNITED STATES. Supreme Court. *Lawrence v. Texas* 539 U.S.558 [2003]. Ver também, sobre o caso *Lawrence v. Texas*: STONE, Geoffrey et al. *Constitutional law: keyed to courses using*. 6th ed. New York: Wolters Kluwer, 2010. p. 93.

276. Sobre o caso *Bowers v. Hardwick*, ver: GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional law*. 13th ed. New York: The Foundation Press, 1997. p. 543, 593, 746.

277. WEDY, Gabriel. As uniões homoafetivas e o preconceito. O Sul, Porto Alegre, 18 ago. 2013.

O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na Era das mudanças climáticas, aqui proposto, é norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, após longo período de ditadura militar, previu entre os seus princípios fundamentais e como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Tal previsão repetiu-se: no art. 170, *caput*, quando deixou claro que “a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna”; no art. 226, § 7º, que diz “na ordem social, com o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”; e, no mesmo sentido, no art. 227, *caput*, quando assegura “à criança e ao adolescente o direito à dignidade”. Está disposto no art. 230 que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), no seu art. 79, dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, cuja finalidade é “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência”. Com esse mesmo espírito de respeito à dignidade da pessoa humana, o Constituinte originário inseriu no texto da Carta Política, no seu art. 5º, inc. III, “a proibição da tortura e ao tratamento desumano e degradante” e, no inc. XLVII, “a vedação, entre outras, de penas cruéis”.

Esta nítida tendência de inserção expressa no texto constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, após períodos autoritários, pode ser verificada de modo idêntico nas Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), da Espanha (Preâmbulo e art. 10.1), Portugal (art. 1º) e Itália (art. 3º). Não há dúvida de que o exemplo dessas Constituições, que consagraram o princípio da dignidade da pessoa humana após passarem por ditaduras lideradas, respectivamente, por Hitler, Franco, Salazar e Mussolini, serviram de exemplo e inspiração para o Poder Constituinte de 1988, que vivia os ares da redemocratização após mais de vinte anos de recorrentes episódios de criminosas violações dos direitos humanos protagonizados por ambos os lados da

refrega no episódio do Golpe Militar. Impossível negar, contudo, que existem mais registros de vítimas de violações dos direitos humanos no lado que foi apeado do Poder em 1964.

Nesse sentido, o Estado brasileiro existe para e em função da pessoa humana (com dignidade). Não é a pessoa humana que existe como mero instrumento e objeto do poder estatal, como nos regimes totalitários, notadamente fascistas, nazistas e comunistas (tal qual o implantado, também, na extinta União Soviética e nos países da extinta cortina de ferro).

O valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana deve servir de norte para o intérprete da Constituição como balizador, otimizador e limitador para a aplicação proporcional dos direitos fundamentais previstos, explícita e implicitamente, na nossa Magna Carta. É função do princípio da dignidade da pessoa humana atribuir força normativa à Constituição e conferir eficácia máxima aos direitos fundamentais negativos e prestacionais. Portanto, correndo o risco da redundância, o princípio da dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental. O princípio tem um caráter multidimensional. As suas dimensões são “ontológica (não necessariamente biológica), histórico-cultural e sua dupla dimensão (ou função) negativa e prestacional, ao que se poderia ainda agregar a igualmente dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade”.²⁷⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões, está no cume de nosso sistema jurídico, constitucional e infraconstitucional e, além de possuir indiscutível eficácia e valor axiológico máximo, também é um objetivo a ser seguido pelo Estado e por particulares. Correto afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como um mandado de otimização que vincula particulares e o Estado no âmbito das suas três funções: judicial, executiva e legislativa. Na sua dimensão negativa, protege e defende o cidadão contra intervenções indevidas do Estado e de particulares violadoras de direitos individuais fundamentais. São exemplos de sua função positiva os direitos sociais fundamentais à saúde, à educação e à moradia.

Embora nem todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana, segue sendo correta a afirmação de que, em sua maioria, os direitos fundamentais constituem, em maior ou menor medida, explicitações ou, como preferem outros, densificações do princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, em cada direito

278. SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72.

fundamental, faz-se presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade humana.²⁷⁹

Não há dúvida de que a violação de um direito fundamental pode violar, ao mesmo tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa, aliás, é a regra na maioria dos casos; todavia pode, em sentido oposto, servir o princípio como limitador, dentro de um juízo de proporcionalidade, de determinado direito fundamental. É o caso, por exemplo, de o princípio da dignidade da pessoa humana ser utilizado na construção de um discurso jurídico e de uma fundamentação limitadora do direito de propriedade.

Pode-se avançar no tema, ainda, no sentido da afirmação de que o princípio da dignidade da pessoa humana pode limitar a análise do custo-benefício²⁸⁰ de medidas adotadas pelo Estado, procedimento aplicado no direito norte-americano como reminiscência do utilitarismo²⁸¹ quando adotado em sua versão forte e radical. É intuitivo que se o princípio da dignidade da pessoa humana pode o mais, ou seja, limitar e restringir o núcleo essencial de direitos fundamentais em um juízo de proporcionalidade, pode, também, limitar políticas públicas calcadas na análise do custo-benefício de medidas que violam bens, valores e direitos que o Direito não pode comprar.²⁸²

É de se observar que Sandel refuta como aceitável uma sociedade em que todos os valores estão à venda. Refere que existem certos bens morais e cívicos que os mercados não respeitam e o dinheiro não pode comprar.²⁸³ O

279. SARLET, Ingo. Comentários ao art. 1, inc. III, da CF/88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 127.

280. Sunstein defende a utilização do procedimento da análise do custo-benefício no caso da aplicação do DDT (diclorodifeniltricloroetano) na agricultura dos países africanos. Também entende como válido o procedimento para avaliar a regulação do arsênico na água de beber nos Estados Unidos, sem analisar, com maior profundidade, o risco de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e a outros direitos fundamentais, em especial o direito à vida, à saúde e à tutela do meio ambiente. Para verificar a posição de Sunstein em defesa da análise do custo-benefício dessas medidas, ver: SUNSTEIN, Cass. Laws of fear: beyond the precautionary principle. New York: Cambridge Press, 2005; SUNSTEIN, Cass. The arithmetic of arsenic, 90. Georgetown Law Review, Washington, n. 2255, p. 2261-2263, 2002; SUNSTEIN, Cass. Worst-case scenarios. Cambridge: Harvard University Press, 2007. Para a apreciação crítica da posição externada pelo Professor da Harvard Law School e da defesa da aplicação da análise do custo-benefício, em uma versão mais cautelosa, observado o princípio da proporcionalidade nos seus dois vetores, vedação do excesso e da insuficiência, ver: WEDY, Gabriel. O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Belo Horizonte: Interesse Público, 2017.

281. Sobre o utilitarismo, ver: MILL, John Stuart. On liberty and other writings. London: Cambridge University Press, 2012. E, também: MILL, John Stuart; BENTHAM, Jeremy. Utilitarianism and other essays. London: Penguin, 2004.

282. SANDEL, Michael. What's money can't buy? The moral limits of market. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

283. SANDEL, Michael. What's money can't buy? The moral limits of market. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012. p. 203.

princípio da dignidade da pessoa humana é um limitador moral e jurídico dos mercados. A observância do princípio é essencial para que as pessoas possam conviver de modo comunitário, respeitando as suas diferenças, mas sem serem excluídas da sociedade e afastadas de bens essenciais que proporcionam uma vida digna e boa.

5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SEGUNDO O STF

O Supremo Tribunal Federal fez referência à dignidade da pessoa humana em diversos julgados posteriormente à promulgação da Constituição Cidadã de 1988. A importância da jurisprudência no alcance e na realização normativa do princípio da dignidade da pessoa humana está no fato de que “é no constante manejo da riqueza de aportes oferecidos pela casuística que se torna possível uma aproximação do que constitui dignidade da pessoa humana em cada caso concreto”.²⁸⁴

Nos âmbitos do processo penal e do direito penal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem debatido e reconhecido, com maior intensidade, o princípio da dignidade da pessoa humana. Como noticiado por Barroso, a dignidade da pessoa humana foi mencionada, em decisões do STF, assegurando aos sujeitos passivos em procedimentos criminais o direito: a) à não autoincriminação²⁸⁵; b) à presunção de inocência²⁸⁶; c) à ampla defesa²⁸⁷; d) contra o excesso de prazo em prisão preventiva²⁸⁸; e) ao livramento condicional²⁸⁹; f) às saídas temporárias do preso²⁹⁰; g) à não utilização injustifi-

284. SARLET, Ingo. Comentários ao art. 1, inc. III, da CF/88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 128.

285. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 79.812/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 16 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

286. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 93.782/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowsky. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 17 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

287. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 85.327/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 20 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

288. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 98.579/SP. Relator p/ acórdão: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

289. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 99.652/RS. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 04 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

290. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 98.067/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 20 maio 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

cada de algemas²⁹¹; h) à aplicação do princípio da insignificância²⁹²; e i) ao cumprimento de pena em prisão domiciliar²⁹³. Cita o jurista, ainda, que “a ideia kantiana do fim-em-si foi utilizada em acórdão em que se discutiu a competência para julgamento de crime de redução de pessoas à condição análoga à de escravo”.²⁹⁴

Existem precedentes importantes no STF que mencionam a dignidade da pessoa humana no que concerne à proibição da tortura e do tratamento desumano, degradante e cruel²⁹⁵ e ao tratamento diferenciado em relação aos portadores de deficiência.²⁹⁶ O princípio da dignidade da pessoa humana, dentro de uma perspectiva de ativismo judicial, serviu como embasamento para garantir o direito à educação, para fins de matrícula de criança na pré-escola²⁹⁷ e na garantia do direito à saúde, quando envolvidos procedimentos cirúrgicos e medicamentos não fornecidos pelo SUS²⁹⁸.

A dignidade da pessoa humana igualmente é invocada pelo Judiciário, com alguma frequência, nas ponderações de valores que envolvem o direito à vida e à saúde dos demandantes. Entes estatais, em demandas do estilo,

291. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 91952/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

292. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 90.125/RS. Relator: Ministro Eros Grau. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 05 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2449895>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

293. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 83.358/SP. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

294. Luis Roberto Barroso faz referência precisamente ao seguinte leading case: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 398.041/PA. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2014. Ver: BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 116.

295. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 70.389. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 10 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

296. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2649/DF. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 17 out. 2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919542/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2649-df>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

297. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo n. 639.337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 14 set. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22932599/recurso-extraordinario-com-agravo-are-639337-sp-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

298. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 316/SC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 26 abr. 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19133178/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-316-sc-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

alegam invariavelmente, na sua defesa, o direito à saúde das pessoas que estão na fila do SUS e não podem contratar advogados privados, além da finitude dos recursos estatais, ancorada no princípio da reserva do possível.²⁹⁹

Barroso apresenta crítica à aplicação banalizada do princípio pelo STF³⁰⁰, citando como exemplo o caso da declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.895/98 do Estado do Rio de Janeiro, que autorizava a exposição e a competição de aves combatentes,³⁰¹ uma prática tradicional e cruel popularmente conhecida como “rinha de galos”. A decisão, do ano de 2011, foi no sentido que a lei impugnada autorizou prática considerada como crime pela legislação ambiental nacional e expressamente proibida pelo texto constitucional, que é claro ao vedar a submissão de animais a atos de crueldade, além de prever o direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente (art. 225, *caput*, parágrafo 1º, VII). Entretanto, o Ministro Peluso, acompanhado por dois outros Ministros, referiu no seu voto que a lei debatida violava o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a legislação estadual estimularia prática de atos degradantes, por sua irracionalidade, à figura humana. Esses argumentos afiguram-se um “uso alargado em demasia do princípio”.³⁰²

Sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de vida existentes no planeta.³⁰³ É o entendimento exposto, também, pela melhor doutrina em sede de direito ambiental internacional,

299. Ver: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 01-37, 2007.

300. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 117.

301. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1856/RJ. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 03 set. 1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

302. Afirma Barroso que “[...] poderia ter sido suscitado, isso sim, o reconhecimento de dignidade dos animais. Uma dignidade que, naturalmente, não é humana nem deve ser aferida por seu reflexo sobre as pessoas humanas, mas pelo fato de os animais, como seres vivos, terem uma dignidade intrínseca e própria. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 118.

303. SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 43.

ou seja, de que todos os seres são interdependentes e cada forma de vida tem valor de modo independente de sua utilidade para os seres humanos.³⁰⁴

Aprofundando o tema, o STF, ao julgar improcedente a ADI 3510³⁰⁵, causou polêmica ao declarar constitucional a pesquisa com células-tronco. Desse modo, a integralidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) foi considerada compatível com o texto da Constituição. Na decisão, constou expressamente que não existe violação do direito à vida nas pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e, tampouco, aborto. Foram reconhecidas normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, notadamente o direito à saúde e ao planejamento familiar.

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, segundo o STF, objetiva:

[...] a cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor).³⁰⁶

No voto do Ministro Celso de Mello, restou consignado que:

[...] não houve ofensas ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.³⁰⁷

Os Ministros entenderam que a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos, também prevista na Lei impugnada, “é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse

304. Bosselmann faz referência ao art. 1º da Carta da Terra, que prevê o respeito à Terra e à vida em toda a sua diversidade. BOSELMMANN, Klaus. The principle of sustainability: transforming law and governance. Farnham: Ashgate, 2008. p. 75.

305. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

306. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

307. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis”.³⁰⁸ Consta no acórdão outra referência ao princípio da dignidade da pessoa humana na linha de que tal princípio:

[...] opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à ‘liberdade’ (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar por o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF).³⁰⁹

Assim, o planejamento familiar, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º da CF/88)”.³¹⁰ De acordo com o Ministro Joaquim Barbosa:

[...] igualmente, a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.³¹¹

No acórdão, restou reconhecido o direito constitucional à liberdade de expressão científica e a lei de biossegurança como densificação dessa liberdade. Consta expressamente na decisão:

[...] que o termo ‘ciência’, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inc. IX do art. 5º da CF). E a liberdade de expressão se afigura como clássico direito constitucional-civil

308. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

309. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

310. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

311. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

ou genuíno direito de personalidade. Assim merece o máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII).³¹²

A Ministra Carmem Lúcia referiu no seu voto, afastando qualquer dúvida, que “a dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição Federal, dota o bloco normativo, posto no art. 5º da Lei 11.105/2005, do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica”.

Para o STF, o art. 5º da Lei de Biossegurança, para além de não violar o princípio da dignidade da pessoa humana quando permite a fertilização de embriões *in vitro* e a pesquisa em células-tronco para fins terapêuticos, acaba sendo uma manifestação de tal princípio, porquanto permite o planejamento familiar e a proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

O princípio da dignidade da pessoa humana, nessa decisão, acabou sendo aplicado concomitantemente com outros direitos fundamentais de primeira dimensão, como o direito à vida, e de segunda, como o direito à saúde. O princípio, como demonstrado na decisão, é mais do que mero norte hermenêutico na aplicação e na ponderação dos direitos fundamentais previstos na Constituição: é um balizador que evita uma aplicação desproporcional e excessiva do princípio da precaução na pretensa tutela dos direitos à vida e à saúde quando confrontados com importantes pesquisas científicas com células-tronco³¹³, que podem salvar milhares de vidas e, também, permitir que casais celebrem o direito à vida com as fertilizações *in vitro*, realizando,

312. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3510. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

313. Michael Sandel refere que “em vez de banir as pesquisas com células-tronco embrionárias e a clonagem para fins de pesquisa, deveríamos permitir sua continuidade sob regulações que englobem as restrições morais adequadas ao mistério da vida humana. Tais regulações deveriam incluir a proibição da clonagem humana para fins de reprodução; limites razoáveis à extensão de tempo que um embrião pode ser cultivado em laboratório; exigências para emitir licenças para clínicas de fertilidade; restrições quanto à transformação de óvulos e espermatozoides em commodities e criação de um banco de células-tronco para evitar que os interesses de patentes monopolizem o acesso à pesquisa com células-tronco. Essas medidas, ao que me parece, oferecem as melhores esperanças para evitar o uso descontrolado da vida humana incipiente e tornar o progresso da biomedicina uma benção para a saúde, não mais um episódio da erosão de nossas sensibilidades humanas”. SANDEL, Michael. *The case against perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 134.

desse modo, um racional planejamento familiar tutelado pelo próprio texto constitucional.

Um dos mais polêmicos julgamentos do STF, contudo, foi a ADI 4277³¹⁴, que teve como relator o Ministro Ayres Britto, discutindo a equiparação das uniões estáveis entre casais heterossexuais e homossexuais, o chamado casamento gay. Vários grupos religiosos, como significativa parte da sociedade brasileira, por questões religiosas e na defesa de posições morais, manifestaram forte oposição ao reconhecimento por parte do Estado da proteção legal para a união estável entre as pessoas do mesmo sexo.

Em face da secularização, marcada pela separação entre Estado e religião, era intuitivo que um debate jurídico, tendo por fundamento a autonomia do ser humano, permeado por razões morais, chegasse ao Supremo Tribunal Federal com esse tema específico. Foi o que ocorreu. O princípio da dignidade da pessoa humana foi abordado várias vezes, de modo expresso ou não, nesse *leading case*.

A decisão do STF foi no sentido de conferir uma interpretação ao art. 1.723 do Código Civil, com a aplicação da “técnica da interpretação conforme”, para a “exclusão do dispositivo de qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família” para que exista “o reconhecimento segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.³¹⁵

Constou na ementa do acórdão o reconhecimento do direito à preferência sexual como uma direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”. Foi mencionado, ainda, como decorrência, o direito à autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo e componente de sua dignidade. Restou consagrado no julgado o “direito da busca da felicidade e o salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual”.³¹⁶

314. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4277/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

315. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4277/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

316. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4277/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

Importante ressaltar que, para o STF, “o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais”, sendo que o “empírico uso da sexualidade” é realizado “nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas”. Restou consignado no julgamento que “a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos”.³¹⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana aplicado em conjunto com o direito fundamental à igualdade e à tutela da família, como dever do Estado, foi fundamental por assegurar proteção jurídica às relações entre pessoas que optaram por relacionar-se com outras do mesmo sexo. Não há dúvida de que o direito à felicidade, à segurança e a uma vida boa não podem ser sonegados aos seres humanos que optaram por relacionar-se afetivamente com outras independentemente do gênero, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana. A aplicação equitativa e proporcional desse princípio, sob pena de incidência da proteção insuficiente, deve ser cega quanto à opção sexual dos cidadãos para fins de tutela estatal.

O desenvolvimento humano marcado pela necessária tutela constitucional consubstanciada pelo reconhecimento da máxima eficácia dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões deve ser garantido pelo Estado. Com a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, na promoção de políticas públicas que promovam e respeitem a dignidade da pessoa humana, cabe ao Estado-Juiz assegurar a supremacia da Constituição e a garantia mais ampla do desenvolvimento humano. Sem o respeito à dignidade da pessoa humana, não existe desenvolvimento humano. Cabe ao STF, na sua função de guardião da Constituição, salvaguardar esse princípio.

Importa referir, porém, que “raramente a dignidade é o fundamento central do argumento e, menos ainda, tem o seu conteúdo explorado ou explicitado”³¹⁸ nas decisões, o que não retira do princípio a sua grande importância dentro do Estado Democrático e Social de Direito. Impossível, pois, se conceber o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável negligenciando o princípio da dignidade da pessoa humana.

317. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4277/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

318. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 122.

6. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Não existe direito fundamental ao desenvolvimento sustentável sem o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que promove e estimula a inclusão social. Observa-se que existe, nos países em desenvolvimento, como o Brasil, desequilíbrio entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento humano, proteção ambiental e governança. A dignidade da pessoa humana, nesse cenário de insustentabilidade, acaba por ser violada.

Consequência dessa crise no desenvolvimento atingiu imensa reação popular nos protestos de junho de 2013. Segundo Castells, o movimento do *passé libre* “passou ao clamor pela liberdade em todas as suas dimensões e surgiu das entranhas de um país perturbado por um modelo de crescimento que ignora a dimensão humana e ecológica do desenvolvimento”.³¹⁹ Megaprotestos que levaram ao *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff marcaram os anos de 2015 e 2016 e foram motivados por fatores de insatisfação com o processo de desenvolvimento, como: serviços de saúde e educação (aspecto humano); retorno da inflação, baixo crescimento do PIB e alta do dólar (aspecto econômico); casos do *Mensalão* e do *Petrolão*, o último investigado pela operação Lava-Jato, que atingiu altos próceres do partido governista, dos partidos da base aliada e grandes empreiteiros (aspecto da governança).

Schumpeter, a respeito do desenvolvimento e da eclosão de crises nesse processo, refere que o “método de cura [para as crises] é o melhoramento do prognóstico das conjunturas”³²⁰, o que pode ocorrer apenas no contexto de um horizonte mais largo e não imediatista. Deve o gestor público estruturar políticas de desenvolvimento com visão de longo prazo, como imperativo da sustentabilidade.³²¹

Importante, noutro sentido, bem avaliar a distribuição de bens – não pecuniários, mas vinculados ao desenvolvimento do ser humano – e o acesso que as pessoas têm a serviços adequados: de saúde, de educação e à justiça.

319. CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 183.

320. SCHUMPETER, Joseph. The theory of economic development. New Brunswick: Transaction Publishers, 1983. p. 523-525.

321. Refere Juarez Freitas que “o desenvolvimento e a sustentabilidade não apenas são compatíveis, mas se constituem mutuamente. Exatamente por isso, contemplada uma lógica bem distinta da dominante, devem ser incrementados... aqueles financiamentos de longo prazo à economia verde, com os estímulos competentes à implantação concreta do novo paradigma. FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 110.

E, com igual importância, se estão presentes as liberdades religiosa, sexual, de ação política e de expressão nos debates públicos no seio da comunidade.

Vem bem a calhar, nesse tema, as palavras de Aristóteles: “É evidente que a riqueza não é o bem que procuramos, pois é meramente útil e em proveito de alguma outra coisa.”³²² A riqueza financeira de uma nação não é bastante em si mesma se o desenvolvimento humano e o princípio da dignidade da pessoa humana forem negligenciados. Pode a riqueza até promover aspectos do desenvolvimento humano, mas deve ser bem distribuída para que todos tenham acesso ao mínimo de renda que proporcione uma existência digna, ou o mínimo social para os indivíduos proposto por Rawls.

A inclusão social só pode ser alcançada com a observância pelo Estado e por particulares do direito que possuem as pessoas ao respeito enquanto titulares de dignidade. Deve ser assegurada por políticas públicas não apenas de governo, mas de Estado, visando não somente o direito das presentes, mas das futuras gerações, conformadas pelo princípio da sustentabilidade.³²³

Entretanto, não é demais dar-se especial atenção à advertência exposta por Trubek e Galanter no sentido de que os estudiosos do direito e do desenvolvimento começaram a perceber que, mesmo em sociedades desenvolvidas como os Estados Unidos, a neutralidade formal do sistema jurídico não é incompatível com o uso do Direito como ferramenta para fomentar a dominação das elites. Isso ocorre porque os grupos mais abastados e conservadores da sociedade têm, frequentemente, melhor acesso ao sistema jurídico³²⁴ e mais força e poder de barganha no Congresso para a aprovação de leis excludentes e fomentadoras de processos de desenvolvimento que causam poluição e concentração de renda, sem permitir mobilidade social para os setores mais desequilibrados da sociedade.

322. ARISTOTLE. *Nicomachean ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1980. p. 7.

323. Como enfatiza Mariana Figueiredo: “Quer em sua dimensão estrita, quando simplesmente designado como princípio da sustentabilidade, quer no triplíce vértice ecológico, econômico e social que se concilia num princípio do desenvolvimento sustentável, conclui-se que se tem aqui norma jurídica, a vigor como novo parâmetro de aferição e conformação das políticas públicas, antes de tudo, ao compromisso com a garantia de condições minimamente adequadas à vida digna e com qualidade, ou seja, à proteção e [à] realização do mínimo existencial, individual e coletivamente, e, num olhar prospectivo, à realização da justiça intergeracional, isto é, a justiça social hoje e para o futuro”. FIGUEIREDO, Mariana. *O sistema único de saúde e o princípio da sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2514/1/000449234-Texto%2BParcial-0.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

324. TRUBEK, David; GALANTER, Mark. *Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States*. *Wisconsin Law Review*, Madison, WI, n. 4, p. 1095, 1974.

Aumentar a racionalidade instrumental do processo de desenvolvimento somado à regulação econômica “pode contribuir para o bem-estar econômico de uma pequena elite, sem alterar a situação da massa da população, ou até mesmo mudar sua situação para pior”.³²⁵

Na abordagem do tema *direito e desenvolvimento*, o conceito de países desenvolvidos e em desenvolvimento³²⁶, com extremas desigualdades, precisa ser levado a sério pela comunidade global. Essa preocupação internacional referente ao desenvolvimento desequilibrado das nações precisa levar a sério a necessidade da criação de diplomas legais de referência no que tange ao direito ao desenvolvimento sustentável integrado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito internacional ao desenvolvimento é parte integrante dos direitos humanos, sendo, pois, inderrogável e imprescritível, possuindo como titular o indivíduo, cabendo aos Estados e aos demais entes da sociedade civil, nacional e internacional a responsabilidade solidária por sua promoção e garantia, estando fundado no consenso dos povos e das nações. Suas fontes estão calcadas nos tratados, nas convenções, nos costumes e nas resoluções das organizações internacionais, em particular aquelas oriundas da ONU.³²⁷

De fato, a *Carta Internacional de Direitos Humanos* é composta pela *Declaração Universal de Direitos Humanos* e pelos dois pactos: o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos*³²⁸ e o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*³²⁹. As disposições desses tratados referentes ao desenvolvimento não se resumem apenas a questões econômicas,³³⁰ já que estão focadas

325. TRUBEK, David; GALANTER, Mark. Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States. *Wisconsin Law Review*, Madison, WI, n. 4, p. 1096, 1974.

326. Embora a obra seja antiga, parece que as palavras de Galeano possuem valia nos dias atuais no sentido de que “os preços da maioria dos produtos que a América Latina vende baixam implacavelmente em relação aos preços dos produtos que compra dos países que monopolizam a tecnologia, o comércio, o investimento e o crédito” GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de America Latina*. México: Siglo XXI, 1971. p. 132.

327. FERREIRA, Lier Pires. *Direito Internacional, petróleo e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 343.

328. Adotado pela Resolução 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991. Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Em vigor no Brasil desde 24 de abril de 1992. Promulgado pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992.

329. Aprovado pelo Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991. Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992. Promulgado pelo Decreto 591, de 06 de julho de 1992.

330. RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 65.

no desenvolvimento humano ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana.³³¹

Em matéria de convenções internacionais dos direitos humanos relacionadas com o direito ao desenvolvimento humano, são importantes referências: a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher*; a *Convenção sobre o Direito da Criança*; a *Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*, que destaca a necessidade de incorporar a cultura como elemento estratégico das políticas de desenvolvimento nacionais e internacionais, bem como a cooperação internacional para o desenvolvimento, considerando igualmente a *Declaração do Milênio das Nações Unidas*, com sua ênfase na erradicação da pobreza.³³²

Igualmente são dignas de nota a *Convenção Internacional sobre a Eliminação e Repressão do Crime de Apartheid*, a *Convenção sobre a Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino* da UNESCO, bem como as *Convenções 122, 143 e 169* da Organização Internacional do Trabalho.³³³

Do campo internacional para o âmbito interno, a Constituição Federal de 1988 não negligenciou o desenvolvimento humano; antes pelo contrário, vinculou-o expressamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, seguindo a referida e citada tendência exposta pelos diplomas legais internacionais.

A Carta Política brasileira prevê expressamente como um dos seus objetivos fundamentais, no art. 3º, inc. II, “garantir o desenvolvimento nacional”. É relevante verificar que o Constituinte de 1988, no mesmo artigo, previu como objetivos igualmente fundamentais: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não existe dúvida de que esses dispositivos precisam de uma interpretação conjunta que não pode levar a outra conclusão que não seja a de erigir o desenvolvimento

331. Anjos Filho enfatiza que os dois pactos internacionais referidos “[...] mencionam já no preâmbulo a dignidade humana, a igualdade entre todos e a inalienabilidade dos direitos como fundamentos da liberdade, da justiça e da paz e, neste sentido, que o ideal do ser humano livre e liberto do temor e da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como seus direitos civis e políticos, o que revela um nítido comprometimento com a indivisibilidade dos direitos humanos”. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 168.

332. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 173.

333. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 174-175.

sustentável (na sua dimensão humana) como um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

A ordem econômica e financeira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como expressamente previsto no art. 170 da Constituição Federal.³³⁴

O conceito de justiça social, que promove o desenvolvimento, é o “que significa a superação das injustiças na repartição, em nível pessoal, do produto econômico” e que “as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”.³³⁵

O princípio da dignidade humana está umbilicalmente ligado ao direito fundamental ao desenvolvimento sustentável e ao seu pilar de inclusão social. Seja como um mecanismo de interpretação, seja para emprestar eficácia e densificar o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável nas suas dimensões ambiental, econômica, de governança e inclusão social.

A liberdade de expressão e as garantias individuais próprias da democracia são fundamentais para que a sociedade possa, dentro de um debate público, construir políticas públicas fundamentadas no princípio da dignidade da pessoa humana para reduzir as desigualdades, as discriminações e garantir a todos uma vida boa em comunidade, que possa propiciar o desenvolvimento sustentável no seu estágio mais avançado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de dignidade humana é antiga. No início, houve uma manifesta confusão entre o poder temporal e o espiritual, como demonstram trechos da Bíblia e do Alcorão. Após longa evolução, foi no Iluminismo, em especial com o pensamento kantiano, que as noções de liberdade e de autonomia passaram a considerar o homem como um fim em si mesmo. Após as duas guerras

334. Como refere Grau: “[...] a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Na referência a ela, a consagração de princípio constitucionalmente conformador (Canotilho). O princípio da justiça social conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III)”. GRAU, Eros Roberto. Comentário ao art. 170 da CF/1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1794.

335. GRAU, Eros Roberto. Comentário ao art. 170 da CF/1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1794.

mundiais, a comunidade internacional e as nações, por meio das Constituições, passaram a prever expressamente a dignidade da pessoa humana como valor e princípio. Precedentes jurisprudenciais das mais diversas democracias ocidentais passaram a reconhecer e a densificar o princípio da dignidade da pessoa humana ao analisar casos em concreto. No Brasil, o princípio restou consagrado pela Constituição Federal de 1988 e tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em conjunto com outros direitos fundamentais negativos e prestacionais.

Impossível negar que o princípio da dignidade da pessoa humana está relacionado intimamente com o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Não existe direito ao desenvolvimento sustentável tutelado pela Constituição que possa ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na dimensão da inclusão social não poderá ser alcançado se depender exclusivamente dos direitos fundamentais prestacionais. É importante que o princípio da dignidade da pessoa humana norteie o desenvolvimento sustentável com a finalidade de diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômicas que têm aumentado em escala global nos últimos séculos, como bem afirmado por Stiglitz em *A Grande Divisão*.³³⁶ O grande desafio do Estado na busca da concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, precisará passar, para além da busca da máxima eficácia dos direitos fundamentais no sentido tradicional, pelo desenvolvimento humano em sentido estrito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: the civil rights revolution*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2014. 3v.

ALCORÃO Sagrado. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. (*Coleção Folha: livros que mudaram o mundo*, v. 19).

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARISTOTLE. *Nicomachean ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1980.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

336. STIGLITZ, Joseph. *The great divide: unequal societies and what we can do about them*. New York: W.W. Norton & Company, 2015

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 01-37, 2007.

BOSELTMANN, Klaus. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Farnham: Ashgate, 2008.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BÍBLIA. Português. Bíblia sagrada. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. (*Coleção Folha: livros que mudaram o mundo*, v. 18).

CARTA dos direitos fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, [S.l.], 18 dez. 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019.

CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e Césares: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia Antiga e de Roma*. São Paulo: Bauru, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERREIRA, Lier Pires. *Direito Internacional, petróleo e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana. *O sistema único de saúde e o princípio da sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2514/1/0004_49234-Texto%2BParcial-o.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no Sistema de justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de America Latina*. México: Siglo XXI, 1971.

- GUNTHER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen. *Constitutional law*. 13th ed. New York: The Foundation Press, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. Comentário ao art. 170 da CF/1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.
- MILL, John Stuart. *On liberty and other writings*. London: Cambridge University Press, 2012.
- MILL, John Stuart; BENTHAM, Jeremy. *Utilitarianism and other essays*. London: Penguin, 2004.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *A dignidade do homem*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Oratio de hominis dignitate*. Disponível em: <http://www.wsu.edu:8080/~wldciv/world_civ_reader_1/pico.html>. Acesso em: 01 jan. 2020.
- NOVAES, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional: em Estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- POSNER, Richard. *Divergent paths. The academy and the judiciary*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- POSNER, Richard. *Reflections on judging*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 329-350.
- RAMOS, André de. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional européia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SANDEL, Michael. *Justice: what’s the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and the limits of justice*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- SANDEL, Michael. *What’s money can’t buy? The moral limits of market*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.
- SANDEL, Michael. *The case against perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- SARLET, Ingo. Comentários ao art. 1, inc. III, da CF/88. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHUMPETER, Joseph. *The theory of economic development*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1983.

STONE, Geoffrey et al. *Constitutional law: keyed to courses using*. 6th ed. New York: Wolters Kluwer, 2010.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass. The arithmetic of arsenic, 90. *Georgetown Law Review*, Washington, n. 2255, p. 2261-2263, 2002.

SUNSTEIN, Cass. *Worst-case scenarios*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2009.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Interesse Público, 2017.

WEDY, Gabriel. *As uniões homoafetivas e o preconceito*. O Sul, Porto Alegre, 18 ago. 2013. Caderno de Colunistas, p. 3.

TRUBEK, David; GALANTER, Mark. *Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States*. *Wisconsin Law Review*, Madison, WI, n. 4, p. 1095, 1974.

UNESCO. *Declaração universal dos direitos humanos*. Brasília, DF: UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2019.

NÃO VIOLÊNCIA, FRATERNIDADE E RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CRISE SANITÁRIA

CASSIUS GUIMARÃES CHAI³³⁷

PEDRO HENRIQUE ROQUE LIMA³³⁸

1. INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA, VARIÁVEIS E ASPECTOS METODOLÓGICOS

O ser humano busca ser independente, em vários períodos históricos, apesar da necessidade do convívio social, e pauta suas diversas escolhas com base em interesses próprios.

Nessa ebulição de decisões diárias, premido o homem pelas contingências sociais, o interesse, o desejo, a ambição, a desconfiança e o sentimento de

337. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (DEDIR/SSCO/PPGDIR). Promotor de Justiça – Titular da 2ª PJCRIM SLZ. Mestre e Doutor em Direito Constitucional UFMG/ (doutorado sanduiche na Cardozo School of Law – Yeshiva University/Capes). Diplomado pela Escola Superior de Guerra no Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia e no Curso Superior de Defesa, 2019. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Internacional. Professor Associado da European Society of International Law. Professor Associado e Coordenador do Grupo de Pesquisa da International Association of Constitutional Law Human Rights and Constitutional Challenges. Professor Associado da International Association of Criminal Law. Professor Associado da International Association of Political Science. Membro da Association Française de Science Politique. Membro da Comissão de Especialistas para Justiça Global UNODC E4J, Nairobi 2017. Titular da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão e da Escola Nacional do Ministério Público. Membro do G20 Research Center on International Cooperation UNDOC/Beijing Normal University of Political Science and Law. Estudos pós-doutorado Universidad de Salamanca, Espanha (2007-2011), Central European University, Hungria (2007-2008), Universidade do Porto, Portugal (2019-2021), Faculdade de Direito de Vitória, Brasil (2019-2020). The Hague Academy of International Law (2011), OEA (2012), European University Institute (2010), International Institute of Criminal Law and Human Rights (2016). chai@mpma.mp.br cassius.chai@ufma.br cassiuschai@gmail.com orcid/cassiuschai.

338. Pedro Henrique Roque Lima. Graduando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Estagiário de Direito na Defensoria Pública do Estado do Maranhão. Pesquisador-discente e Membro do Grupo de pesquisa Cultura, Direito e Sociedade DGP/CNPq/UFMA. plhenriquee18@gmail.com

autopreservação, muitas dessas decisões tomadas resultam em conflitos. O ser humano passou a reconhecer sua dependência para com os outros cada vez mais, reforçando a necessidade de tutelar os interesses coletivos, no espectro de uma instrumentalidade no uso legitimado do poder, por vezes, estratégico, quase nunca comunicativo, e, como ganho da modernidade reconheceu e atribuiu ao Direito, enquanto sistema, a função de acolher os conflitos, elaborá-los internamente, e contemporizar as tensões entre as pretensões políticas na forma jurídica.

O indivíduo, logo, em um processo de conscientização social, enquanto membro de uma comunidade, em razão dos riscos que o individualismo traz para os interesses de cada um, identificou que uma sociedade auto-organizada pelo Direito, condicionaria um ambiente de segurança geral, para além da sua própria capacidade de autodefesa, e, procurou ser mais responsável.

Diante dessas transformações, exigiram-se das ciências afins uma releitura da sociedade. A ciência do direito buscou resgatar o valor de cada indivíduo e sua relação para com os outros, justificando a função primordial do princípio da fraternidade, a fim de incentivar e orientar o convívio harmonioso coletivo.

Norberto Bobbio (2007) enfatiza que a técnica típica das medidas indiretas de um ordenamento promocional é o encorajamento, pelo qual, por meio de uma sanção positiva - uma recompensa de um comportamento realizado ou um incentivo para um comportamento que se pretende encorajar - busca-se tornar o comportamento desejado mais fácil ou tornar as consequências sociais mais agradáveis.

A sociedade contemporânea traz em seu âmago complexidades de caráter econômico, político e social. E falar em fraternidade, dado a ética liberal forjada nas relações pessoais antepassadas, requer uma análise sistêmica deste princípio. Tal cenário de complexidade remete a ciência do direito para novos desafios.

Diante disso, problematiza-se o esquecimento do princípio da fraternidade diante de eventos e crises desencadeadores de danos ao ser humano. Pretende-se, sob o objeto-prisma de uma crise epidemiológica e sanitária, demonstrar a importância da fraternidade como princípio necessário para ressignificação dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles voltados para proteção dos valores coletivos.

E, para entender melhor essa problemática, foram levantadas as seguintes variáveis ao problema: o princípio da fraternidade apresenta-se como limite

aos direitos fundamentais? Dado o contexto da redemocratização, direitos fundamentais podem ser ressignificados sob o viés da fraternidade e da não violência? Na perspectiva da fraternidade, a proteção da saúde pública, ameaçada por uma crise sanitária, prevalece em face de outros direitos individuais fundamentais, como direito à privacidade?

Como dito, aplica-se revisão literária e análise documental com procedimento metodológico de análise do discurso, este ensaio propõe-se verificar a necessidade do resgate do princípio da fraternidade como fundamento do desenvolvimento humano sustentável, sobretudo em tempos de calamidades, rompendo com a ótica liberal, de matriz individual e excludente, visando à proteção de interesses coletivos, tendo como pano de fundo uma democracia constitucional.

Para tanto, será traçada uma breve origem e evolução no tempo do princípio da fraternidade. Logo após, será abordado o conceito de não violência de Jean-Marie Muller e sua relação com o princípio fraternal. Em seguida, será examinada a sistemática de ressignificação dos direitos fundamentais a luz do princípio da fraternidade. E, por fim, analisadas a necessidade de inserção e a releitura deste princípio em tempos de crises sanitárias.

2. LEITURA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO TEMPO

De início, sabe-se que a leitura do princípio da fraternidade na atualidade pode ser interpretada por diversas lentes de referência, seja no âmbito social, religioso ou jurídico. Por esta razão, faz-se necessário buscar uma ressignificação jurídica deste princípio a partir de sua evolução histórica.

É oportuno frisar que, se por um lado o direito é autopoiético (LUHMANN, 2016), ou seja, ele próprio se reproduz, por outro, é incontestável que as pretensões políticas de uma sociedade informam, irritam e condicionam a juridicização da identidade constitucional de um povo. Não há alheamento, em uma visão sistêmica da sociedade, entre os sistemas sociais do Direito, da Política, da Economia e todos os demais. Mas, há, na concepção da diversidade de operações desses sistemas e deles entre si, que permitem novos subconjuntos (subsistemas), que partilham elementos comuns enquanto equivalentes operacionais. Assim, embora não caiba ao Direito moralizar a sociedade por suas decisões, o próprio Direito tem que elaborar internamente ao seu sistema o elemento da moral que emergido no campo das pretensões políticas,

e que acabou ingressando e se fixando como elemento interno ao Direito na forma jurídica. Nessa proposição de funcionamento e operacionalidade dos sistemas sociais, a premissa lockeana, pensada sob o princípio da confiança (RORTY; SCHNEEWIND; SKINEER, 1998) que determinados “direitos” são inatos, decorrentes da própria natureza humana, e preexistentes a qualquer poder, permite o diálogo e a verificação da evolução do convívio social na perspectiva de direitos e deveres universais e universalizáveis, constitutivos da identidade constitucional.

A lógica fraternal, sob aspecto do convívio harmônico social, foi inicialmente introduzida pelas famílias, culturas e práxis política. Além disso, ressalta-se que foi ampliada nas doutrinas religiosas. Oliveira (2011) postulou que a sociedade da Idade Média se organiza em estamentos, e o direito subjetivo nada mais era que um privilégio.

Posteriormente, o Iluminismo estabeleceu uma mudança de paradigma, valorando a razão para explicar diversos fatores e fenômenos sociais. Em consequência deste movimento, conquistaram-se novas e maiores liberdades políticas, sociais e econômicas, fundamentais ao próprio movimento do constitucionalismo. Este, por sua vez, possibilitou a proteção de direitos individuais contra a interferência do Estado, sendo o indivíduo a primeira e última fronteira de atuação do Estado, o seu átomo social.

Com a Declaração de Virgínia, de 1776, nos Estados Unidos da América e, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa que, ao derrubar o regime absolutista, rompeu o paradigma da absolutização dos estados modernos, implementou-se uma nova perspectiva de direitos e deveres sob o lema da liberdade, igualdade e fraternidade. Essa tríade foi recepcionada como princípios universais, sendo fundamental para construção teórica das fases dimensionais dos direitos humanos.

Como substancia e em uma dimensão didática para compreensão dos direitos fundamentais, Karel Vasak (1983) propôs a teoria geracional dos direitos humanos, restringindo-os em três fases de proteção: sendo a primeira voltada para proteção dos direitos civis e políticos; a segunda fase a prever os direitos sociais e econômicos; e a terceira como proteção de direitos voltado às prerrogativas ligadas à fraternidade, abrangendo os bens coletivos, entre outros direitos atrelados ao valor fraternidade. A essa altura é curial anotar que no transcurso do tempo essas categorias ou classificações dos direitos fundamentais, frente aos desafios de um constitucionalismo democrático,

devem ser ressemantizadas em uma prática de redimensionamento, não resultando em rupturas ou superação dos direitos fundamentais geracionais em si, mas a percepção que as liberdades, antigas e novas, mitigadas pela urgência e pelos reclamos da igualdade, projetam no presente democrático o alcance dos objetivos descritos e proclamados ao alcance do bem comum de um sociedade, não apenas de sua conquista, mas de sua manutenção. (CHAI, 2007).

Nesse contexto, Bonavides (2006) explica que os direitos fundamentais passaram a se manifestar em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e quantitativo.

Urge ressaltar que, estes direitos foram introduzidos nas constituições dos países de forma cumulativa. De modo tímido, no Brasil, liberdade e igualdade passaram por leituras, mesmo contraditórias, da carga semântica e a finalidade quista pelos governos sobre os limites e sobre a ontologia dos direitos de liberdade e da vontade do reconhecimento decorrentes do direito de igualdade, tanto na expressão das sete constituições formais (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), quanto na carta material constitucional de 1969, e nos dois momentos de rupturas e suspensão das formalidades constitucionais na metade do século XIX, década de 1850, e no pós primeira grande guerra, entre 1930 e 1934, do governo militar de Getúlio Vargas. Dado a dicotomia existente no emprego da terminologia mais coerente a fim de caracterizar a evolução histórica dos direitos fundamentais, a doutrina majoritária considera impróprio o uso da expressão “geração”, tendo em vista que esta propõe uma ideia sucessiva de direitos. Ainda, postulam que estes direitos não foram substituídos de uma geração para outra, e sim foram cumulados nas cartas constitucionais, razão pela qual se aproximaram de uma teoria dimensional dos direitos humanos.

Assim, com a inserção destes *valores* nas cartas constitucionais, a tríade francesa “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” acabou se tornando princípios obrigatórios no aspecto jurídico dos países, ainda que do ponto de vista formal, coincidente com um constitucionalismo nominal.

Em contrapartida, diante da informatização e globalização, a fraternidade foi sendo olvidada. Para o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, o homenageado com esta obra, e razão deste ensaio jurídico, professor Doutor Reynaldo Soares da Fonseca (2014), o motivo do esquecimento do princípio da fraternidade resultou da força coercitiva da norma jurídica. Ali em sua tese de doutoramento, explica o ministro que a fraternidade é livre e não pode ser imposta.

A expressão máxima do esquecimento da fraternidade é vista diante das duas grandes guerras mundiais, que sucederam a partir das grandes tensões políticas, sociais, e, das profundas crises econômicas.

Com o passar do tempo, a fraternidade foi resgatada e incorporada em documentos internacionais.

Antonio Maria Baggio (2008) explicita que a fraternidade identificou no sujeito ao qual ela pode referir-se plenamente, qual seja, o sujeito 'humanidade', aquele que garante a completa expressão também aos outros dois princípios universais, a liberdade e a igualdade.

Em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde proclamou em seu artigo I, que:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Nesse contexto de reconhecimento da fraternidade, Norberto Bobbio (1992) assevera que com a declaração dos direitos humanos de 1948, tem-se início uma terceira fase em que a afirmação do direito é universal, no sentido de não abarcar apenas cidadãos de determinado país, mas de todos, e positiva, no sentido de que os direitos evidenciados na declaração devem ser efetivados no plano concreto. Por fim, demonstra a expressão de humanidade ao lado de universalidade, categorizando a pessoa humana como cidadãos do mundo.

Para Oliveira (2011) a concepção universal conferida à dignidade da pessoa humana inseriu a noção dos deveres que todos os seres humanos, sem distinção de raça ou povo, devem ter para com a humanidade. Assim, verifica-se que, o resgate do princípio da fraternidade no cenário contemporâneo, comprova que a liberdade e a igualdade não foram consideráveis na proteção do Estado Democrático de Direito.

3. VIOLÊNCIA, NÃO VIOLÊNCIA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

O princípio da fraternidade, visando combater as desigualdades sociais e tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana, parte da premissa da harmonia social entre todos. Em virtude da indivisibilidade dos direitos fundamentais, a violação do princípio da fraternidade propicia a violação da

liberdade e igualdade, e, por conseguinte, leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos.

Para compreender melhor acerca da fraternidade, é importante tecer alguns comentários sobre o conflito. Este é arma que possibilita a violação das relações fraternas. Nesse impasse, alguns filósofos desenvolveram teorias acerca das tecnologias de convivência e de transformação pacífica dos conflitos.

Para René Girard (1978), o conflito entre indivíduos originalmente decorre da rivalidade sobre a apropriação de um único objeto, sendo o conflito o confronto entre minha vontade e a do outro indivíduo, de modo a um ceder o objeto para o outro.

Jean-Marie Muller, em seu livro *The principle of nonviolence*, discorre sobre a violência e o princípio da não violência como resposta. Para Müller (2014) a coexistência de povos deve se tornar pacífica, embora sempre perdure o conflito. E como resposta deste, é importante fazer uso do controle e gestão através de soluções não-violenta. Ainda, o filósofo postula que o objetivo político de uma sociedade é organizá-la com base na elaboração de leis e fortalecimento de instituições que possibilitam meios práticos para lidar com conflitos que podem surgir entre os indivíduos. Além disso, também assevera o respeito, a eficiência e pacificação da fala como meios táticos para eliminar, tanto quanto possível, a violência de opressão e agressão.

Muller propõe um acordo em que cada parte aceite fazer algumas concessões. A exemplo, aponta a mediação como um dos principais métodos da não violência, uma importante ferramenta para entender um ao outro em busca de uma reconciliação. E, por fim, prega uma cultura da não violência valorizando a educação cívica como promoção da autonomia, respeito, responsabilidade e cooperação.

A não violência é uma atitude diferente da covardia [...]. Ela é a atitude ética e espiritual do homem vivo que reconhece a violência como a negação da humanidade e que decide recusar submeter-se à sua dominação. [...] aquilo que a ação não violenta visa é criar as condições que permitam ao adversário que escolheu a violência mudar de atitude. [...] agir sem violência é canalizar a agressividade natural aos indivíduos de forma justa e pacífica. [...] criando condições para o diálogo, estabelecendo uma nova relação de força que obriga o outro a reconhecer-me como interlocutor necessário. (MULLER, 2007)

O princípio da não violência visa uma forma não violenta de agir contra a violência. Apesar de que a eficácia é relativa, a ação não violenta torna possível

para o indivíduo ter uma ação responsável em face da violência de outros indivíduos.

Kall Popper (1994) enfatiza que a civilização consiste na essência de reduzir a violência. Assim, para combatê-la, é necessário fazer uso da cooperação.

4. A RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE.

Traçada a evolução histórica do princípio da fraternidade, calcado este na tríade da revolução francesa, bem como, discorrido o princípio da não violência de Muller, passamos a compreensão da ressignificação dos direitos fundamentais na contemporaneidade sob o filtro da fraternidade.

A fraternidade é uma palavra polissêmica, originando diferentes leituras e significados. Pode ser entendida como elo para se viver em sociedade, como um preceito religioso ou aspecto moral, e como princípio jurídico que irradia todo o sistema normativo, servindo de hermenêutica para outros princípios e regras.

Perfilhando o marco teórico desenvolvido pelo autor, jurista e ministro, o professor Doutor Reynaldo Fonseca (2014) assevera que o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence à moral ou à religião, sendo sua valoração um fator importante para enfrentar os problemas sociais e jurídicos existentes nas democracias. Ademais, reitera que a fraternidade não exclui outros direitos e muito menos é afastada na ressignificação destes, visto que, enquanto princípio, vem sendo consagrado por diversas constituições contemporânea. Logo, sua natureza é deontológica, e não apenas ontológica.

Carla Machado (2017) destaca quatro funções das práticas fraternas, sendo elas: função de equilíbrio entre liberdade e igualdade, função de reconhecimento, desveladora de paradoxos e função interpretativa. Tais referências servem para demonstrar o viés normativo do princípio, irradiando nas demais normas de uma constituição, projetando sua relevância para no nível da interpretação e completude do sistema.

Conforme José Carlos Vieira de Andrade (2006), este princípio visa o alcance da justiça, haja vista que se opera quando cada um reconhece a existência e dignidade do outro, no âmbito de suas relações sociais, de modo que a felicidade, que é um fim individual por excelência, possa-se realizar em sociedade.

Nessa perspectiva de uma construção e na luta pelo reconhecimento de direitos, preconiza Simon Caney que:

Voltemos agora ao que denominei incomensurabilidade moral. Um crítico do universalismo pode argumentar que membros de culturas diferentes frequentemente se falam, não no sentido de que não podem se entender, mas de que têm prioridades morais completamente diferentes. Algumas culturas ocidentais podem priorizar os direitos sobre a comunidade, enquanto algumas culturas africanas ou do leste asiático podem priorizar a comunidade sobre os direitos individuais.³³⁹ (CANEY, 2006; p. 58)

Na mesma lógica, Marco Aquini (2018) preconiza que o princípio da fraternidade é um valor jurídico fundamental, comprometendo o indivíduo a agir com cautela, observando seus direitos e deveres, bem como promovendo a busca por soluções pacíficas, de modo a não depender sempre da autoridade pública.

No Brasil, a constituição federal, definiu como o primeiro objetivo da República Federativa do Brasil, a busca de uma sociedade livre, justa e solidária. Note-se que, tais valores também foram incorporados no preâmbulo da carta magna, concebendo a proteção do ser humano como prioridade para o Estado.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1998)

Ao refletir sobre o princípio, exige-se a superação de concepções individualistas e isoladas. Na transição para o Estado Constitucional Democrático de Direito, antes mesmo da redemocratização do Brasil em 1998, já se reconhecia a necessidade do resgate ao princípio da fraternidade. O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP, asseverou:

339. Tradução livre do original: "Let us turn now to what I have termed moral incommensurability. A critic of universalism might argue that members of different cultures often talk past each other, not in the sense that they cannot understand each other, but rather that they have completely different moral priorities. Some western cultures might prioritize rights over community, whereas some African or East Asian cultures may prioritize community over individual rights."

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (BRASIL, 1995)

Vislumbra-se que, a fraternidade possibilitou a cooperação entre as relações verticais e horizontais para tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos, devendo todos pautarem sua convivência diária com respeito, empatia e não violência. Outrossim, apresenta-se como base de um novo humanismo, expressando uma categoria jurídica com força normativa.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (2006) aponta que a fraternidade deve ser efetivada, tendo em vista que é ponto de equilíbrio para alcançar a conciliação entre os extremos da liberdade e igualdade. Nessa perspectiva, frisa-se a necessidade de viabilizar um Estado fraternal, sem eliminar os valores da liberdade e igualdade, pelo contrário, busca-se fortalecer estes últimos.

Com efeito, ao mencionar a fraternidade como terceira e última fase do constitucionalismo moderno pátrio, o constitucionalismo fraternal, ultrapassando o constitucionalismo liberal e social, preconiza o jurista Ayres Britto:

Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão

de pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico. (BRITO, 2006, p.216)

É importante ressaltar que o resgate a fraternidade fez com que o legislador atribuísse nova leitura aos direitos fundamentais. E, nesse contexto, a concepção individualista, o acesso limitado a justiça, a pouca e ausência de informação, bem com a visão utilitarista dos direitos fundamentais, são termos e comportamentos que devem ser olvidados.

Em nossa constituição, o direito à vida, à liberdade à igualdade à segurança, à propriedade, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social, ao meio ambiente equilibrado, à paz, à proteção das minorias, são exemplos de direitos consagrados na carta maior que experimentaram uma ressignificação, objetivando a promoção e o bem estar da pessoa humana.

Nesse novo paradigma, menciona-se como influência do espírito fraternal, o dever do Estado e de toda a sociedade de garantirem o desenvolvimento sadio das crianças e dos adolescentes, conforme disposto no artigo 227 da constituição.

Ademais, a fraternidade também fortaleceu as garantias de proteção aos direitos fundamentais. A exemplo disso, podemos citar o uso dos remédios constitucionais para defesa das liberdades individuais e coletivas, bem como a limitação do jus puniendi estatal, assegurando um devido processo legal a todos. Ainda, consolidou parâmetro, como a proporcionalidade e razoabilidade, na aplicação da pena, não admitindo aquelas consideradas cruéis.

Consoante, no processo foram introduzidos valores fraternais de cooperação, informação e lealdade entre as partes, de modo a solucionar o litígio com celeridade processual, pois esta é condição imprescindível à aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais

Ainda na seara processual, O Supremo Tribunal Federal, visando pluralizar o acesso à justiça, passou a aceitar a presença do “amicus curiae”. Esta figura intervém no processo, fornecendo informações e subsídios às decisões dos tribunais em questões controvertidas de grande relevância e repercussão. Um importante mecanismo de pluralização e participação na jurisdição. Além do “amicus curiae”, verifica-se a ocorrência cada vez mais reiterada das audiências públicas em causas de grande relevância social, viabilizando a participação social na tomada de decisões, incumbidos com o espírito fraterno.

É certo que o princípio da fraternidade também proporcionou a ressignificação das relações privadas. Com a constitucionalização do direito civil,

verificou-se uma nova releitura dos seus institutos, dando interpretação conforme a constituição, como a concessão de alimentos nas uniões homoafetivas, a responsabilidade dos indivíduos para com outros de não violarem direitos da personalidade. Observa-se que, na própria teoria dos contratos, foi estabelecido parâmetros constitucionais, como a função social do contrato e boa-fé objetiva. Sejam interesses individuais ou coletivos, todos estes mecanismos buscam a pacificação e harmonia da sociedade.

5. RESSIGNIFICAÇÃO DA PRIVACIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE EM TEMPOS DE CRISES SANITÁRIAS

De início, é importante frisar que a fraternidade não busca eliminar direitos ou afastá-los, pelo contrário, visa agregá-los para encontrar soluções jurídicas mais adequadas e humanizadas, haja vista que este princípio tem como alicerce o arcabouço dos direitos humanos.

A necessidade de resgatar o princípio da fraternidade em tempos de crises sanitárias, perpassa na viabilização de interconexões capazes de conferir decisões humanizadas, conferindo novas leituras aos direitos fundamentais, de modo a proteger à coletividade, à vida e à saúde pública.

Partindo do pressuposto que este princípio funciona como vetor transversal e universal, observa-se sua influência no artigo 196 da Constituição Federal, ao dispor:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (CF, art. 196)

Conforme o dispositivo mencionado, verifica-se a natureza universal do direito à saúde, sendo dever do Estado assegurar a todos os indivíduos, sem discriminação, políticas públicas de prevenção e proteção à saúde, bem como assegurar serviços para a sua promoção.

Sendo um direito de todos, há uma conexão coletiva, pautada no valor fraternal da norma. Embora seja um dever do Estado em prestar este serviço, também é dever de todos agirem de boa-fé, respeito e cooperação, sobretudo quando sobrevém fatores externos que modificam a efetividade deste direito.

Em tal contexto e na perspectiva fraterna, ocorre o fenômeno da ponderação dos direitos fundamentais. De antemão, o objetivo desta técnica não é suprimir outros direitos, mas viabilizar a salvaguarda do direito ameaçado no caso concreto que mais reclama proteção.

Diante disso, cita-se as crises sanitárias como fator externo que ameaçam o direito à saúde pública. Na perspectiva da fraternidade, indaga-se se a proteção da saúde pública, ameaçada por uma crise epidemiológica, prevalece em face de outros direitos individuais fundamentais, como direito à privacidade? Estes direitos individuais são suprimidos ou passam por um processo de resignificação?

Na legalidade constitucional, salienta-se que o exercício de determinado direito não pode ser absoluto, encontrando limites em outro direito fundamental tutelado. Ressalta-se que, defender a saúde pública trata-se de uma questão de solidariedade coletiva, ao passo que nem sempre é coincidente com os interesses particulares. É preciso considerar que a privacidade poderá ser relativizada na medida em que a saúde pública reclama estratégias de prevenção e combate as crises sanitárias.

Em regra, quando se trata da inviolabilidade de dados e espaços pessoais, remete à não interferência pelo Estado na vida do indivíduo e na tutela dessa privacidade em face de terceiros, visto que este direito tem previsão constitucional:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso X)

A lógica dos direitos fundamentais, segundo a qual a proteção relativa da privacidade frente a saúde pública, tem gerado grandes debates quanto ao limite de atuação estatal na tomada de decisões que atravessa a esfera íntima e privada de cada indivíduo. O princípio da fraternidade desperta nas pessoas a responsabilidade ética, como também exige do Estado firmeza e comprometimento para com a coletividade na viabilização dos interesses coletivos.

A exemplo, em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, um novo coronavírus foi identificado a partir de casos de pneumonia na cidade. Ele se espalhou, resultando em uma epidemia na China, avançando, posteriormente, para outros países. No final do mês de janeiro, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou como uma Emergência de Saúde Pública

de Importância Internacional (ESPII) e designou a doença como COVID-19, causada pelo novo coronavírus. O surgimento da pandemia fez com que diversos países alterassem seus padrões de vida a fim de evitar a propagação da doença. Em razão disso, os governos buscaram instrumentos de combate à disseminação do vírus.

A Lei n. 13.979/20 (Lei do Coronavírus) em seu art. 5º, I e II, dispõem sobre o dever de colaboração da coletividade, através da comunicação imediata de possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus e de circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus. Além disso, também prevê a obrigatoriedade do compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com o fim exclusivo de evitar a sua propagação (art. 6º).

Visando conter a pandemia do COVID-19, diversos países vêm adotando tecnologias de geolocalização através dos sistemas de georreferenciamento para notificação de risco. Para isto, cruzam e mapeiam dados randomizados da telefonia móvel.

Analisando as vantagens do sistema de notificação e exposição ao coronavírus da Apple e Google, o Professor David Starobinski e o Engenheiro Johannes Becker da Universidade de Boston, defenderam que o rastreamento de contatos pode ser eficaz na contenção de doenças como a COVID-19, se grande parte da população participar. Para estes, “os sistemas possuem grande vantagem, visto que podem ser usados por milhões de pessoas e alertam rapidamente aqueles que foram expostos à quarentena”. (BECKER e STAROBINSKI, 2020)

No âmbito internacional, Taiwan, para garantir que as pessoas em quarentena fiquem em suas casas, foi pioneiro na adoção de técnicas de rastreamento. Para a repórter Mary Hui “Taiwan é apenas um dos muitos países que utiliza os dados de localização do celular para monitorar a localização e os movimentos de pessoas em meio a uma pandemia global”. (HUI, 2020)

Em virtude de ter implementado a tecnologia mais cedo, Taiwan é exemplo internacional no combate a pandemia.

No Brasil, as principais operadoras de telefonia móvel confirmaram que passaram a fornecer dados anonimizados sobre a posição dos usuários ao

Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, situação já experimentada em algumas cidades brasileiras.

O governo brasileiro também editou a medida provisória 954, ordenando que as operadoras de telefonia fixa e celular repassem o cadastro dos clientes ao IBGE para fins exclusivos de pesquisas no enfrentamento da pandemia. Em seu art. 3º, prevê que os dados disponibilizados terão caráter sigiloso e serão usados exclusivamente para a produção de estatística oficial, não podendo ser utilizados como objeto de certidão ou meio de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, a fim de não suprimir a inviolabilidade da privacidade. No art 4º, estabelece que, superada a emergência decorrente da pandemia de COVID-19, o IBGE eliminará de suas bases de dados as informações obtidas junto às prestadoras de telecomunicações previstas na iniciativa em tela.

Diante disso, alguns estados-membros aderiram as ferramentas de georreferenciamento para acompanhar a efetividade das medidas de isolamento social, em áreas geográficas diversas. Nota-se que, as operadoras disponibilizam de forma anonimizada, permitindo o monitoramento dos aparelhos telefônicos móveis sem revelar a identidade das pessoas.

Consoante, os estados-membros e municípios têm utilizado a inteligência artificial para construir “mapas de calor”, mostrando áreas com maior ou menor movimento, facilitando a execução de medidas preventivas e de reação ao combate do coronavírus, bem como na alocação de recursos médicos para regiões mais afetadas.

Note-se que, tais ações adotadas pelos países no contexto pandêmico tem como finalidade a proteção da saúde pública, como parte fundamental do direito à vida, sendo, portanto, legítimas, dado a prevalência do interesse público e, perspectiva fraterna e solidária, a consequente ressignificação do direito à privacidade.

Portanto, o princípio da fraternidade é o que mais se ajusta com a tutela dos direitos fundamentais, devendo sempre ser valorado como parâmetro de interpretação das normas, bem como na tomada de decisões.

Além disso, exige-se um mínimo de responsabilidade social e empatia, que resulta na exigência de respeitar determinadas decisões e agir pensando na coletividade. Assim, a consciência da responsabilidade e a empatia para com o próximo, fazem com que os direitos próprios e alheios sejam aceitos

e respeitados dentro de uma estrutura dialógica social, mobilizando os indivíduos para a fraternidade (FONSECA, 2019).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo da fraternidade, verificou-se que embora o princípio tenha sido contemplado em diversos documentos internacionais, por um longo tempo foi negligenciado. Além disso, reafirma-se que a fraternidade deve ser considerado um princípio jurídico e não uma mera abordagem moral, política ou religiosa, tendo em vista sua previsão no texto constitucional.

Ressalta-se que o princípio da fraternidade consubstancia um ponto de equilíbrio em relação ao princípio da liberdade e igualdade. E, reconhecendo aquele não importa na supressão destes, razão pela qual é considerado um princípio revolucionário, sendo resgatado com a lente de combater as desigualdades e proteger os direitos fundamentais, visando o bem-estar social.

Atravessamos esse contexto pandêmico premidos por mudanças institucionais, engendradas por alterações legislativas purgadas de um processo legislativo em que as pretensões políticas da sociedade são vergastadas na fórmula jurídica quase sempre causando perplexidade quanto à sua própria validade formal e material, desde um olhar desconfiado da aderência e do respeito aos fundamentos republicanos.

A pergunta de Friedrich Müller insiste em ecoar: qual o grau de exclusão um povo pode suportar? E a pandemia acaba por ser um antídoto ao torpor, em que, remitidos por narrativas pitorescas, estamos sufragados, e a “peste do século XXI” desnuda o rei e não mais pode encobrir os maltrapilhos da meridional e da abissal desigualdade social.

Diante da existência dos conflitos, o princípio da não violência possibilita meios práticos para dirimi-los, como a mediação, a educação cívica, a cooperação, o respeito, o fortalecimento das instituições democráticas e participação nelas.

Além disso, a fraternidade é imprescindível para interpretação e resignificação das normas e princípios constitucionais, tendo como fim a salvaguarda do desenvolvimento humano, a conscientização ética e jurídica, o resgate de valores esquecidos, fomentando no indivíduo o reconhecimento do outro.

Em contextos pandêmicos, sob o filtro do princípio da fraternidade, o direito à privacidade deve ser relativizado a fim de preservar o direito à saúde,

extensão do direito à vida. Ademais, o controle de uma crise sanitária é um desafio para preservação da vida humana e a preservação desta não é conflitante com a proteção da privacidade, sendo, portanto, falsa a dicotomia criada.

Por fim, além da participação do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, reafirma-se a importância de se construir uma sociedade mediadora dos deveres e co-responsabilidades dos cidadãos uns para com os outros, necessitando todos agirem em conjunto, exercendo maior participação na construção de uma sociedade fraterna com vistas ao desenvolvimento humano sustentável, com referências permanentes à solidariedade. (RENGGER, 2000).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. V de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

AQUINI, M. **Fraternidade e direitos humanos**. In: Antônio Maria Baggio (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, A. M. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BECKER, J. STAROBINSKI, D. **How Apple and Google will let your phone warn you if you’ve been exposed to the coronavirus**. Disponível em: <<https://theconversation.com/amp/how-apple-and-google-will-let-your-phone-warn-you-if-youve-been-exposed-to-the-coronavirus-136597>>. Acesso em: 08 de jun. 2020

BOBBIO, N. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.p. 16,17

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164-o/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 17 de novembro de 1995. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 20 de jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979/2020. **Lei do Coronavírus**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 954/2020. **Compartilhamento de dados**. Disponível em:< <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141619>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRITTO, C. A. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

CANEY, Simon. **Justice Beyond Borders: A Global Political Theory**. Oxford: Oxford University Press. 330p.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição Constitucional concreta em uma democracia de riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado Maranhão, 2007.

DIAS, N. M. **Da solução da crise das dimensões de direitos fundamentais e do pensamento de karel vasak pela teoria dos princípios**. Direitos econômicos, Volume 88, número 2, jul./dez. 2016. ISSN: 2448-2307.

FONSECA, R. S da. **A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região**. Dissertação de Mestrado. PUC: São Paulo, 2014. Disponível em:<<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6642/1/Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>>. Acesso em 20 jun. 2020.

GIRARD, R. **Des choses cachées depuis la fondation du monde** (Things Hidden since the Foundation of the World). Paris: Grasset, 1978.

HUI, M. **How Taiwan is tracking 55,000 people under home quarantine in real time**. Disponível em:<<https://qz.com/1825997/taiwan-phone-tracking-system-monitors-55000-under-coronavirus-quarantine/>>. Acesso em: 08 de jun. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade** [livro eletrônico] / Niklas Luhmann; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. – São Paulo: Martins Fontes, 2016. 580p.

MULLER, J-M. **The principle of nonviolence: A Philosophical Path**. Center for Global Nonkilling: Honolulu, 2014.

MULLER, J-M. **O princípio da não-violência: percurso filosófico**. São Paulo: Palas Athena, 2007.

OLIVEIRA, O. M. B. A. **O princípio da fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea.** In: VERONESE, J. R. P.; OLIVEIRA, O. M. B. A. (Orgs.). Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 24 jun. 2020.

POPPER, K; CONDRY, J. **La télévision: un danger pour la démocratie** (Television: a Danger to Democracy). Paris: Anatolia, 1994.

RENGGER, N. J. **International Relations, Political Theory and the Problem of Order: Beyond International Relations theory?** London: Routledge, 259p.

RORTY, Richard, SCHNEEWIND, J. B., SKINEER, Quentin. **HILOSOPHY IN HISTORY: Essays on the historiography of philosophy.** Cambridge: Cambridge Press University, 1998. 415p.

SINAIS DE FRATERNIDADE NA GESTÃO PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA DA UFMA NA CONDUÇÃO DO COMBATE À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

NATALINO SALGADO³⁴⁰

1. INTRODUÇÃO

Já não havia destinos individuais, mas uma história coletiva que era a peste e sentimentos compartilhados por todos (ALBERT CAMUS, 2009, p. 175).

A epígrafe deste artigo atualiza-se neste momento, quando os efeitos deletérios da pandemia, ocasionados pela COVID-19, irmanaram destinos e solaparam sonhos, projetos e ambições. Nunca fomos tão iguais. Especificamente no Brasil, seus efeitos se fizeram mais agudos, a partir de 26 de fevereiro de 2020, quando um homem de 61 anos, regressando da Itália, deu entrada no Hospital Albert Einstein, em São Paulo.

E, se “o mesmo céu nos cobre / E a mesma terra liga nossos pés” (VINÍCIUS DE MORAES, 2008, p. 102), vemo-nos todos à mercê da força irresistível e invencível da natureza, a mudar o curso de nossas vidas, num átimo de tempo. De repente, fronteiras geográficas foram esmaecidas e as grossas paredes que afastam classes sociais, atacadas pelo aríete de uma peste que desconhece essas categorias humanas.

Tudo o que sabíamos ou conhecíamos - fruto das experiências decorrentes de outras pragas que assolaram a humanidade - parecia, por um lado, quase ou totalmente insuficiente para o enfrentamento ao insidioso inimigo invisível. Por outro lado, o comportamento de autopreservação desencadeia, nas

340. Reitor da Universidade Federal do Maranhão; Membro Titular da Academia Nacional de Medicina e da Academia Maranhense de Letras.

peçoas, atitudes e posturas que podem ser perigosas, caso não sirvam para ajudar em que a pandemia seja enfrentada de maneira eficaz.

A fraternidade, que a Revolução Francesa acrescentou à liberdade e à igualdade que sempre foram categorias da esfera política do homem — essa fraternidade tem seu lugar natural entre os reprimidos e perseguidos, os explorados e humilhados, que o século XVIII chamava de infelizes, les malheureux, e o século XIX de miseráveis, les misérables. (HANNAH ARENDT, 2008, p. 15).

Então, como conciliar interesses individuais de sobrevivência com aqueles necessários para assegurar a existência coletiva? Numa sociedade marcada por direitos de primeira, segunda e terceira geração³⁴¹ (NOVELINO, 2008), que correspondem à trilogia, lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*, torna-se enfática, neste cenário de incertezas, a importância da fraternidade como categoria jurídica (FONSECA, 2019), justamente por trazer, em seu arcabouço, uma gama mais ampla de proteção aos interesses coletivos e difusos, incluso os direitos à paz, ao meio ambiente saudável e equilibrado, às prerrogativas de consumidores e aos ditames econômicos.

A fraternidade, inserta na Constituição francesa de 1946 e também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aparece na Constituição Federal de 1988, como um dos fundamentos de nossa República (artigo 1, inciso III). Em seu preâmbulo, nossa Constituição dá molde a esse anseio:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Embora ainda não tenha sido alçada à categoria de princípio na Carta Magna, temos que sua aplicação é um elo articulador da Igualdade à Liberdade, no sentido de concretizar relações sociais mais justas, por meio do olhar voltado para a solidariedade (BAGGIO, 2008). No dizer de Sarlet (2018), a fraternidade se despe de uma individuação para abraçar o coletivo.

341. Embora já se falem de direitos de quarta e até quinta gerações, optou-se pela clássica distinção de direitos nessa categoria

A partir do que se infere do pensamento de Christopher Eland, Karel Vasak, René Cassin, entre outros, e numa análise percuciente de decisões adotadas pelos tribunais pátrios, uma vez que o ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca (2019), que divide conosco a alegria de ter nascido em solo maranhense, traz a lume o termo fraternidade – despido de rótulos morais ou religiosos – e sua aplicação num direito que se pretende mais inclusivo, em sua tese de doutorado, que originou sua publicação.

Numa sociedade profundamente contraditória, marcada pelos ditames do mercado que não poucas vezes exclui e alija, o Ministro defende a necessidade de um Estado que adote políticas fraternas, que corrija distorções a partir de uma interpretação que privilegie não apenas o direito de um, mas os seus reflexos frente à sociedade, nela incluso um Judiciário que profira decisões mais consentâneas com esse ideal.

É buscando traços que caracterizam uma gestão fraterna que se analisam as medidas de enfrentamento ao cenário que se instalou no âmbito da Universidade Federal do Maranhão, após o surgimento dos primeiros casos da COVID-19, em solo brasileiro.

Na condição de Reitor desta universidade, que é uma das maiores instituições públicas do Norte e Nordeste, conduzi um projeto coletivo de adoção de práticas que minorassem os prejuízos emocionais, físicos, financeiros, cronológicos, não apenas para o corpo universitário, mas para a sociedade, destinatária última de nossas ações. Para além dos ditames legais, escolhemos um catálogo de práticas o qual privilegiou o olhar empático, o abraço inclusivo e marcou o ineditismo entre diversas outras instituições públicas semelhantes.

2. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA ADOÇÃO DE MEDIDAS: A UFMA DURANTE A PANDEMIA

A Universidade Federal do Maranhão goza, assim como outras congêneres, da autonomia universitária, preceito insculpido no Artigo 207 da Constituição Federal de 1988, norma de eficácia plena e autoaplicável (SILVA, 1998). A referida autonomia confere relativa liberdade quanto às escolhas de suas ações, de seus dirigentes, do foco de sua atuação e uma independência quanto à produção científica, artística, literária e cultural, em suas mais diversas formas de produção do saber acadêmico, protegidas da interferência que outrora se mostrou danosa e prejudicial.

Dentro desse sustentáculo, ao mesmo tempo protetor e orientador, tem-se que, para além dos regramentos de portarias e resoluções que se circunscrevem à moldura na qual se dará o modo de existência das várias atividades desempenhadas no âmbito universitário – e mesmo fora dele –, os tempos fugidios no qual estamos inseridos nos desafiam a uma nova forma de (co) existência. Uma época incerta quanto ao seu início e ainda mais quanto ao seu fim. Sentimo-nos todos na conjugação de Manoel de Barros (2003), que circunscreve o calendário ao tempo: “nossa data maior era o quando. O quando mandava em nós”.

Eligio Resta (2004), teórico italiano, propõe uma nova categoria que alce a fraternidade, esse esquecido pilar da revolução francesa, a uma forma de inclusão para além daquela já preconizada nos textos positivados por meio de medidas práticas. De repente, uma legislação que não responde a todas as perguntas, que não oferece proteção e que deixa um vácuo de desassombro numa cegueira esclarecida. “*Se puedes olhar, vê. Se puedes ver, repara*”: aconselha Saramago (1995, p. 3). É preciso que emergja de uma fonte fraterna a solução efetiva e legal; que ao mesmo tempo conjugue distinção e unidade (LUBICH, 2008) dentro de interesses tão multifacetados.

Protagonizar medidas que privilegiem a observância aos ditames republicanos; que respeitem a transparência que nos rege; que se subsuma às linhas mestras que organizam e delimitam o estado democrático de Direito, sem, entretanto, perder de vista o excluído, o hipossuficiente, o vulnerável, é este o desafio proposto pela prevalência de um tempo onde regras e normas foram postas em xeque; onde, à velocidade da luz, surgiram regramentos jurídicos para darem conta de tanta inovação. O governo editou 42 MP no mês de maio de 2020. Não é possível mais desconsiderar o, ainda que suposto, desaparecimento dos verbetes tempo e espaço insertos em dimensões tangíveis da vida social (HARVEY, 2008).

A tessitura de uma universidade é, por natureza, plural. Atender a interesses tão díspares, sem correr o risco de malbaratar algum ordenamento, custou uma engenharia sofisticada, guiada pela fraternidade, pelo olhar aquiescente – não no sentido da conivência – que a pandemia nos legou. Além de todas as ações já mencionadas, um foco especial reside nas atividades práticas da distribuição do álcool, máscaras e cestas básicas para comunidades vulneráveis; sob as orientações prestadas, tendo como suporte as mídias sociais e a rede mundial de computadores e o serviço de teleorientação, esclarecedor e necessário.

Foi preciso encontrar o equilíbrio para assegurar o cumprimento às rígidas metas fiscais que ordenam o cotidiano de uma instituição pública, regida por um orçamento limitado, alvo da transparência e objeto dos órgãos de controle. Tão concreto se tornou esse ideal, que a sociedade para a qual nos dirigimos também atendeu ao chamado da cooperação, da solidariedade.

Pessoas comuns e empresas de portes diversos acederam às necessidades e trouxeram doações para garantir que nosso trabalho, desenvolvido dentro da universidade e do Hospital Universitário HU-UFMA, fosse ininterrupto, como de fato ocorreu. Houve uma comunhão de interesses e, mesmo nas vias estreitas que a legalidade impõe ao tráfego das instituições públicas, pudemos ver concretizar um ideal de uma grande rede de apoio, de solidariedade, de um olhar mais acolhedor. Vivemos a fraternidade nesses dias tal como a traduz o escólio de AQUINI (2008, p. 133), quando afirma que aquela deve ser considerada

[...] um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada como outros seres humanos, agindo “uns em relação aos outros”, o que implica também a dimensão da reciprocidade.

Ao assumir essa postura dialógica, recíproca, é necessário que tenhamos em mente a fraternidade em sua dimensão livre das amarras da moral e da religião, que, no entender de MORIN (2019), deve ser ela mesma, a fraternidade, uma religião despida do sagrado, pela constatação de que o ser humano depende um do outro para que a própria humanidade avance, e que aquela deve ser compreendida e assumida numa dimensão para além da legalidade, pois esta não tem o condão de impô-la.

Há uma ressonância em BAGGIO (2008), quando este alerta para o caráter indistinto da fraternidade, necessária a habitar o espaço público, orientadora de uma política social mais protagonista. A crise instalada mostrou que é possível aliar o respeito aos caros valores republicanos – e, em especial, aos princípios que regem o fazer da Administração Pública, tais como a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, todos insertos no artigo 37 da Constituição Federal –, sem, contudo, esquecer da tônica fraterna sob a qual o agir público deveria estar pautado, sobretudo, em incertezas que ditam o cotidiano.

Um ponto de inclinação foi posto: a exacerbação do individualismo, bem como a aplicação da legislação não é capaz de açambarcar as plataformas de dignidade que permitam a diminuição dos fossos socioeconômicos entre as pessoas. Todos são iguais *na* e *perante* a lei, mas é preciso não deixar de lado as diferenças que

pontuam cada vida em prol do bem comum, para assegurar nossa existência, melhor do que como nos foi legada. BOBBIO (1992), em adendo a essa questão, coloca que o fenômeno social se organiza por meio dos direitos do homem.

Não se trata aqui de desconsiderar a existência de um Estado Democrático de Direito onde todos estamos inseridos e, com isso, correr o risco de burlar séculos de segurança jurídica que servem justamente para proteger a todos de decisões solipsistas ou caprichos ideológicos; ou ainda solapar um indivíduo em detrimento do outro indivíduo. É reconhecer que a junção das singularidades, o respeito e a harmonia entre seres diferentes, é capaz da construção de feitos extraordinários que redundam num propósito maior e até de forma a educar as próximas gerações.

As diversas ações mencionadas, protagonizadas por uma universidade que não esquece de sua vocação para o bem comum, fiel ao seu caráter de grandeza, propagadora do bem e da extensão, para além da circunscrição legalista, compactua com a fraternidade: iguala e liberta, ao mesmo tempo que ao outro engrandece. Abrir-se para o outro sem perder o espaço que delimita a cada um em si mesmo, numa postura responsável, sem intuito de aniquilação (LEVINAS, 1999), respeitando-o em sua dimensão que muitas vezes o direito estatal desconhece e não abarca.

Quando Kant (1995) indaga sobre o que nos faz humanos, ele atribui a cada um de nós a tarefa de não nos esquecermos de irmanar a resposta. Se liberdade e igualdade foram alçadas às categorias que se pretendem privilegiadas, não se pode esquecer de que podem não ser capazes de apontar respostas para a problemática desse novo tempo que ora se instala, vez que desigualdade, prisão e escravidão ainda ocorrem em suas mais diversas formas injustas. A transcendência e interdependência da fraternidade (MARRAMAO, 2007) apresenta-se como esse caminho ideal para resolver essas questões.

3. CATÁLOGO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO: POR AÇÕES FRATERNAS NO COMBATE AOS EFEITOS DO CORONAVÍRUS

Quando das primeiras notícias acerca de pessoas infectadas no Brasil com o mal da COVID-19, a Universidade Federal do Maranhão estava vivendo o início de um de seus anos mais produtivos: diversos projetos alinhavados para ampliar nossas ações de extensão e aumentar o número de pesquisas; parcerias

engatilhadas e alunos de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado, traçando metas para um 2020 alvissareiro.

Tomando ciência da gravidade da doença e de seu alto grau de letalidade e seguindo orientações da Organização Mundial de Saúde, criamos um comitê operativo de emergência de crise e juntos decidimos, em 16 de março de 2020, após uma série de discussões, suspender inicialmente todas as aulas nos nove *campi* da universidade e adotar um regime diferenciado para técnicos e servidores³⁴².

Em pouco mais de 120 dias, nossa rotina foi completamente alterada. Adotamos um rígido protocolo de ações de limpeza e reforço em materiais higienizantes; acordamos regime diferenciado de trabalho com empresas terceirizadas que prestam serviços de limpeza, vigilância, portaria, administrativo, motoristas e jardinagem, de forma a preservar a saúde e segurança de trabalhadores em grupo de risco; suspendemos eventos presenciais e visitas no Hospital Universitário HU-UFMA; privilegiamos uma comunicação esclarecedora e educativa através de programas específicos na Rádio Universidade e informativos constantes em nossas mídias sociais para explicar termos como “isolamento social”, “quarentena” e “pandemia”, tudo sob orientação, supervisão e explicação de diversos especialistas. Temos dado um enfoque especial à saúde mental, considerando o grande número de óbitos ocasionados pela doença e que afetou profissionais de diversas áreas, em particular aqueles que atuam no *front* da batalha.

Não nos esquecemos dos nossos alunos que vivem nas residências universitárias: fizemos o transporte destes para suas casas, em diversas cidades do interior de nosso estado; aqueles que optaram por ficar nas residências, receberam todo o suporte da Pró-Reitoria de Assistência Estudantil (PROAES), conjuntamente com a Reitoria, a Superintendência de Infraestrutura (SINFRA) e a Pró-Reitoria de Planejamento, Gestão e Transparência (PPGT). A Diretoria de Internacionalização, por meio da Coordenação de Mobilidade, Acolhimento e Proficiência, acompanhou, também, a situação de alunos intercambistas, tanto a de brasileiros que estão no exterior, como a de estrangeiros que estão em nosso país.

Ofertamos capacitações gratuitas a distância - vale ressaltar o trabalho da **Diretoria Interdisciplinar de Tecnologia na Educação (DINTE)** da Universidade Federal do Maranhão, em parceria com os programas da

342. Portaria nº 190/2020 – MR e com a Instrução Normativa Progep nº 1/2020, que constam na Resolução Nº 1.978-CONSEPE

Universidade Aberta do Brasil (UAB) e da Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde (UnA-SUS) - e também disponibilizamos as ferramentas Google Meet (plataforma de videoconferência), conferência web e o SIGAA, Sistema integrado de gestão de atividades acadêmicas da Universidade, para que não houvesse nenhuma perda maior na aquisição do conhecimento. Os alunos, professores e pesquisadores também puderam contar com um portal eletrônico de periódicos acadêmicos e um acervo digital gigantesco de diversas áreas. Diversas coleções de grau ocorreram de forma remota, justamente para garantir o direito daqueles que já haviam cumprido todos os requisitos da graduação³⁴³. Webinários, *lives*, aulas e uma série de eventos ocorreram de forma remota, contando com a interação maciça de discentes e docentes.

A crise ocasionada pelo coronavírus foi assunto para reflexão de mais de 50 projetos científicos: 27 projetos de pesquisa, cinco produções bibliográficas, cinco produções técnicas e 15 atividades de divulgação, englobando áreas como Medicina, Química, Física, Computação, Engenharias, Comunicação, entre outras. Também foram produzidas cartilhas para trabalho remoto e suporte para servidores incluídos em grupo de risco.

Para nosso ambiente extramuros, ofertamos um serviço de teleorientação (por meio de contato telefônico) no HUUFMA, para aqueles pacientes que tiveram suspensas suas consultas de retorno e cirurgias agendadas. Envolvemos a sociedade numa grande campanha de doações para o hospital universitário por meio de suas fundações de apoio para que, no momento mais crítico de atendimento, nenhum insumo ficasse em falta. Quanto aos profissionais que atuam no HUUFMA, foi disponibilizada uma série de treinamentos para as equipes de saúde, com temas diversos, realizado pela equipe do Serviço de Controle de Infecção Relacionada à Assistência à Saúde – SCIRAS. No intuito de ajudar esses profissionais, a Superintendência de Infraestrutura (SINFRA), o Departamento de Desenho e Tecnologia (DEDET) e o Laboratório de Prototipagem e Design (intitulado FABRIQUE) da UFMA, em parceria com a Secretaria Estadual da Ciência, Tecnologia e Inovação (SECTI), trabalharam arduamente na confecção de protetores faciais e de máscaras N95, por meio do processo de termoformação. Por meio de parceria com a Secretaria Municipal

343. Todas devidamente autorizadas pela Medida Provisória Nº 934, de 1º de abril de 2020, publicada pelo Diário Oficial da União publicado na quarta-feira, 1º, a Universidade Federal do Maranhão publicou, no dia seguinte, 2 de abril, a Resolução Nº 1.979-Consepe e a Resolução Nº 1.980-Consepe; art. 9º da Portaria nº 190/2020 – MR.

de Educação de São Luís, também foram disponibilizadas aulas de reforço escolar para as crianças internadas na unidade Materno Infantil.

Privilegiamos um olhar para nosso entorno. Docentes, técnicos e estudantes da UFMA dos cursos de Química e Química Industrial tiveram a **iniciativa de produzir álcool glicerinado 80%** e realizar doações a diversas entidades que necessitavam do produto em suas atividades diárias; a Divisão de Qualidade de Vida da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGEP) sistematizou um material informativo com foco nas ações de atendimento psicológico *online* e também por telefone, feito por instituições e profissionais voluntários; digna de aplausos a iniciativa da Rede Escuta Saúde, um coletivo de psicanalistas, psicólogos e psiquiatras, o qual presta a assistência a profissionais da Rede Pública de Saúde de São Luís.

Merece destaque ainda o *Projeto Máscaras pela vida*, uma iniciativa que uniu costureiras de bairros do entorno da Universidade, como Sá Viana, Vila Verde e Conjunto Bacelar, gerando emprego e renda. Patrocinada por empresas da iniciativa privada, confeccionada por aquele conjunto de costureiras e distribuídas pela Universidade Federal do Maranhão, o projeto alcançou excelentes resultados. Cerca de 130 cestas básicas foram distribuídas nos bairros do Sá Viana para famílias em situação de vulnerabilidade pelos alunos do curso de Biblioteconomia, numa grande ação solidária de iniciativa da Diretoria Integrada de Bibliotecas da Universidade Federal do Maranhão, dentro da campanha intitulada “Bibliotecas da UFMA Solidárias”.

A busca pelo equilíbrio entre os direitos - individuais e coletivos, - teve como norte a proteção do direito à saúde de todos, por meio da agilidade na adaptação a uma nova realidade, alterações em rotinas conhecidas, expansão e difusão de novas práticas, mas tudo com respeito ao arcabouço legal que nos sustenta. E foi dentro deste arcabouço, que privilegiamos o fio condutor que a fraternidade nos estende.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como ignorar que todos os dias somos desafiados pelo humanismo e pelo sentimento humanitário que nos constitui. Entretanto, faz-se um recorte neste contexto pandêmico que tem exigido do gestor de uma instituição de Ensino Superior a superação das circunstâncias administrativas para assumir

novas e inevitáveis decisões que mantenham em funcionamento a instituição que nunca antes tinha sido pensada sob uma infraestrutura totalmente virtual.

Selecionamos aqui como gatilho de superação a fraternidade, como categoria jurídica, porque todas as tomadas de decisão administrativa, os documentos oficiais, as resoluções, os projetos, tiveram suas discussões e justificativas com base nas prerrogativas dos direitos fundamentais. E isso aconteceu nos diversos âmbitos, tornando a todos navegantes de uma mesma nau, sujeitos inclusive a realizar tarefas anteriormente sempre terceirizadas.

A sociedade do século XXI não é mais a sociedade disciplinar, mas uma sociedade de desempenho. Também seus habitantes não se chamam mais “sujeitos de obediência”, mas sujeitos de desempenho e produção. São empresários de si mesmos” (BYUNG-CHUL HAN, 2015 p. 22).

Talvez a vivência da pandemia nos tenha arrancado das distâncias e nos recolocado na posição – também - de gestores que percebem a si e aos outros, mesmo que, inicialmente, tenham sido impulsionados pelo medo, pela incerteza e pela desconfiança, diante de algo que jamais tenhamos vivido. Perceber o outro é dar espaço à fraternidade fundadora das ações de acolhimento, do respeito aos direitos fundamentais, e não só de desempenho, as quais exacerbam a competitividade que nos faz sobressair por meio de conquistas efêmeras.

A despeito da falta de inclusão no Direito Positivo, a fraternidade pode nos servir de farol para a efemeridade que reveste a vida e nos permite uma postura mais compassiva. A Constituição Federal de 1988 conclama como dever da sociedade a construção de um espaço mais fraterno e, nesse escopo, o jurista Carlos Ayres Britto faz o resgate histórico dessa categoria, ao prelecionar que

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; (...) Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico (BRITTO, 2003, p. 216).

Reforço o valor de uma publicação que, apropriando-se do resgate da fraternidade como categoria jurídica, também na voz do maranhense Ministro

Reynaldo Soares da Fonseca, trate-a como princípio da constitucionalidade orientadora das relações sociais que são, simultaneamente, humanas.

Fala-se em “novo normal” quanto à inclusão de hábitos sanitários. Quanto às relações humanas, talvez esse tempo genérico, denominado de “quando” por Manoel de Barros, traga decisões sociais de toda ordem, tomadas sob o conceito da fraternidade, posta num patamar mais alto dos princípios que determinam valores e se deslocam das atitudes individuais para um pensamento coletivo, posto no exercício da condição humana. Esse caminho a ser traçado pela fraternidade pode possibilitar a formação de uma sociedade renovada, que, para ser livre e igualitária, se espraie na fraternidade.

REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

ARENDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista - SP: Cidade Nova, 2008.

BARROS, Manoel de. **Memórias inventadas: a infância**. São Paulo: Planeta, 2003. In: <https://movimentorevista.com.br/2017/11/manoel-de-barros-1916-2014/>. Acessado em 01 de agosto de 2020 às 17 horas.

BOBBIO, Norberto. Verbete “Ciência Política”. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varrialle. et al. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAMUS, Albert. A peste. Tradução de Valerie Rumjanek Chaves. – 18ª Ed. – Rio de Janeiro: Record, 2009.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

- Harvey, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. São Paulo: Loyola, 2008.
- KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita**. Trad. de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.
- LEVINAS, Emmanuel. **Alterity and Transcendence**. Trans. Michael B. Smith. London: Athlone Press, 1999.
- LUBICH, CHIARA. **Ideal e Luz**: Pensamento, espiritualidade, mundo unido. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- MARRAMAO, Giacomo. **Passado e Futuro dos Direitos Humanos**. Tradução: Lorena Vasconcelos Porto. Conferência. XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 2007. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/arquivos/ciacomo_marrama.doc Acessado em: 26 de julho de 2020.
- MORAES, VINICIUS. **O caminho para a Distância** (1933). São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- MORIN, Edgar. **Fraternidade**: para resistir a crueldade do mundo - 1ª ed. São Paulo: Palas Athena, 2019.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.
- RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2004.
- SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SERVIÇO PÚBLICO, SOBREPRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE (FRATERNIDADE) E DIREITOS FUNDAMENTAIS³⁴⁴

JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA³⁴⁵

1. APRESENTAÇÃO

Diante da dificuldade para delimitar a chamada *função administrativa*, cuja conformação está sujeita a contínuas variações no tempo e no espaço, deve-se contentar com a fixação de sua moldura teórica pelo critério residual, apesar da crítica de que, “cientificamente, é inaceitável adotar critério negativo para fixar um conceito”,³⁴⁶ Da função administrativa exclui-se o interesse perseguido, em caráter final, pelas funções legislativa e jurisdicional e pelas atividades políticas de governo. É critério antigo que a legislação e jurisdição não pertencem à atividade administrativa.³⁴⁷ Em contrapartida, tomando como pressuposto a estrutura trina das funções estatais,³⁴⁸ a função administrativa inclui as atividades intermediárias do Estado (atividades-meio dos três poderes ou funções), como a administração de recursos humanos, a atividade patrimonial, a arrecadação de tributos, e as atividades finais da

344. Artigo reescrito para compor obra coletiva em homenagem ao Ministro (do Superior Tribunal de Justiça) Reynaldo Soares da Fonseca, autor, entre outros trabalhos teóricos, do monumental livro sobre o tema “*O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*” (Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019).

345. Mestre e doutor em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais; Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

346. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 53.

347. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995, p. XIII-3.

348. No pensamento de Hart, a introdução de competências legislativa e judicial representou um “avanço tão importante para a sociedade quanto a invenção da roda” (apud ALEXI, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 241).

função executiva, estas incluindo a intervenção na propriedade e no domínio econômico e social, a polícia e os *serviços públicos*, além da regulação, que ultimamente, sob outra perspectiva, acrescenta-se às tradicionais atividades administrativas. Fala-se na crise do *serviço público*, de concepção francesa, substituído pelas designações de *serviços de interesse econômico geral* (União Europeia), *serviços universais* (Estados Unidos) e “*public utilities*” (Reino Unido).³⁴⁹ No Brasil, todavia, não há como ignorar a existência de categoria jurídica a que corresponde uma atividade administrativa denominada *serviço público* porque a essa espécie se refere expressamente a Constituição.

Mas o que é *serviço público*?

Muitas tentativas foram feitas para estabelecer, *a priori*, a noção³⁵⁰ de *serviço público*. Qualquer dos três critérios – subjetivo ou orgânico, formal ou do regime jurídico e material ou objetivo –, isoladamente empregado, não logra sintetizar noção isenta de fortes objeções. A fragilidade do primeiro critério reside em que o serviço público tanto pode ser prestado diretamente, pelas entidades da administração, como indiretamente, por meio de concessionários e permissionários e, alguns, até por entidades simplesmente autorizadas (serviços públicos não privativos: educação, saúde, previdência e assistência social), neste caso com ou sem incentivo do poder público. O critério formal, ou do regime jurídico exorbitante, à semelhança do critério subjetivo, para livrar-se da tautologia (*tem regime exorbitante porque é serviço público ou é serviço público porque tem regime exorbitante?*), conduz ao positivismo. É serviço público a atividade a que a Constituição e a lei atribuem o mencionado regime. No caso de *serviço público por definição constitucional* (abstraida controvérsia a respeito da existência de tal categoria), as vicissitudes ficam por conta apenas da diversidade de sentidos que sejam atribuídos à norma; já na falta de previsão constitucional específica, uma definição por lei não evita juízo de razoabilidade, que só o critério material permite (na França, houve, por exemplo, a necessidade de definir se o serviço de *banhos*

349. MEDAUAR, Odete. A Nova Crise do Serviço Público? In: *Estudos de Direito Constitucional* – em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p 527-538.

350. É preferível, em vez de *conceito* (“filosofia do objeto, fundada no essencialismo”), falar em *noção*, que, ainda nas palavras de Eros Roberto Grau, “pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas” (GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago – Organizadores. *Direito Constitucional*: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 264-265). Cf. também ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 75.

de ducha, propiciado pela Administração de forma gratuita ou por preço módico, poderia ser classificado como *higiene pública*, prevista em lei como serviço público, ou se atentava contra o princípio de liberdade econômica em relação às casas de banho, empresas privadas)³⁵¹. Outra ponderação é que as prerrogativas e restrições especiais não são exclusivas do setor público: uma atividade mesmo desenvolvida sem vinculação com a Administração pode eventualmente ser contemplada com prerrogativa legal, como a isenção tributária, derogatória do regime normalmente aplicado, com vistas à satisfação do interesse público, ou seja, desde que exista fim público a alcançar em correlação lógica com um fator diferencial socialmente aceitável.³⁵² Exemplo dessa situação, na França, em certa época, foi o fato de organismos profissionais privados terem recebido, diretamente da lei, *poder regulamentar e tarefas intervencionistas*³⁵³.

Acontece, por outro lado, com origem também na França, a utilização preferencial, pela administração, de processos convencionais (contratuais) e o recurso a pessoas privadas como auxiliares em suas tarefas, em que pese aí não se falar, exatamente, em privatização de regime. Essa *privatização* “é apenas uma tomada de empréstimo de um método, uma inspiração”.³⁵⁴ Invoca Laubadère o exemplo da atividade intervencionista desempenhada por meio de atos comerciais: “É comprando, vendendo, fazendo contratos que agem estes organismos. Daí resulta um certo equívoco, pois esta actividade comercial não tem na realidade um fim comercial, mas um fim dirigista que noutros tempos o Estado teria cumprido por meio de acção unilateral”.³⁵⁵ Exemplo brasileiro é o da Companhia Nacional de Abastecimento, que desempenha o serviço público de *organização do abastecimento alimentar* – art. 23, VIII, da Constituição –, praticando atos, isoladamente considerados, de natureza comercial. As relações, nesse caso, continuam imantadas pela finalidade pública e, pois, pelo regime jurídico administrativo. Em face dessa especialidade de regime, votei (vencido)³⁵⁶ na 5ª Turma e na 3ª Seção do TRF

351. Cf. JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949, t. II, p. 111-113.

352. Cf. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. 10 tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

353. RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 33.

354. LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 116.

355. LAUBADÈRE, André, op. cit., p. 416.

356. A Terceira Seção do TRF1 editou a Súmula n. 50: «Prescreve em 3 (três) meses para a CONAB,

– 1ª Região, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, de modo a excluir das ações relativas aos contratos realizados entre a CONAB e os armazéns gerais o prazo prescricional de três meses, previsto para a ação de depósito comum. Dei à respectiva norma, um decreto de 1903, interpretação conforme a Constituição, nesse ponto.

O critério material – que predomina na orientação *finalista* do direito administrativo –, segundo a crítica, além de fugir ao caráter estritamente jurídico, também resulta deficiente em face da imprecisão do conteúdo de *atividade essencial*, conceito tipicamente indeterminado. Serviço público é toda atividade prestada com a finalidade de satisfazer às necessidades essenciais (ou existenciais) da sociedade, mas a definição de tais necessidades fica dependente de ponderação sujeita a injunções histórico-culturais, senão, até, a circunstâncias momentâneas. A crítica não se justifica, porque os conceitos indeterminados são frequentes na linguagem do Direito. Não existe conceito completamente fechado, à moda pretendida pelo racionalismo cartesiano. Os conceitos indeterminados melhor servem à justiça e à evolução do Direito, permitindo contínua conformação (democrática) em função da evolução histórica.

Nas linhas seguintes, buscar-se-á demonstrar que os critérios para o reconhecimento dos serviços públicos devem ser empregados de forma complementar, coadjuvante, mas com o foco voltado para o critério material, não obstante o maior prestígio de que goza na doutrina, particularmente a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, o critério formal ou do regime jurídico exorbitante.

2. ORIGEM DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE SERVIÇO PÚBLICO

A discussão sobre o critério adequado à concepção de *serviço público* remonta, na origem da formulação francesa da respectiva teoria, a três grandes clássicos – Maurice Hauriou, Léon Duguit e Gaston Jèze –, cujas principais ideias, a seguir, serão reproduzidas mediante tradução livre.

Na visão de Maurice Hauriou, as prerrogativas, assim como os privilégios, foram banidas pela Revolução, das relações sociais, mas não das relações políticas; ao contrário, foram concentradas nas mãos do Governo e da Administração. Daí a possibilidade de dizer que o direito civil está fundado sobre

o prazo para propositura da ação de depósito, contado a partir do dia em que a mercadoria foi ou deveria ser entregue (Decreto 1.102/1903, art. 11, in fine).»

a igualdade, enquanto que o direito administrativo, sobre as prerrogativas, sendo a concentração das prerrogativas nos organismos administrativos que deixaria campo livre para a igualdade nas relações civis. A existência de um direito administrativo de *puissance publique*³⁵⁷ seria, em razão da lei de compensação, a condição de existência de um direito civil isento de qualquer desigualdade social.³⁵⁸

Desse ponto de vista decorre – para Hauriou - que a *puissance publique* é o elemento essencial do regime jurídico administrativo. Essa tese foi manifestada justamente contra uma concepção (de Léon Duguit), considerada muito simplista, que reduzia a administração ao único elemento *serviço público*, tendente a eliminar da administração pública o elemento *poder*, em torno do qual, na realidade então existente, estaria organizada toda a administração.³⁵⁹ O poder administrativo, agindo de ofício, encarregar-se-ia da manutenção da ordem pública e da gestão dos serviços públicos, mediante o gozo (*jouissance*) da *puissance publique* (compreendendo injunções ou requisições, próprias do direito de polícia, do direito tributário, da desapropriação por utilidade pública etc.) exorbitante do direito comum.³⁶⁰ Mesmo as operações comerciais, necessárias à gestão dos serviços públicos, conservariam as prerrogativas de *puissance publique*, ao menos no recrutamento dos funcionários, na expropriação de imóveis, nos contratos de trabalho público e de fornecimento e na cobrança de impostos. Portanto, o comércio jurídico das administrações públicas seria especial e utilizaria a *puissance publique* para aplicar os direitos de requisição e para proceder à decisão executória.³⁶¹

Em oposição a Maurice Hauriou, colocou-se Léon Duguit, para quem o Estado não é, conforme se acreditou por algum tempo, uma *puissance* que comanda, uma soberania; é, sim, uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes com a finalidade de promover e assegurar a interdependência ou solidariedade social. O serviço público é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regrado e controlado pelos governantes, porque é indispensável à realização e ao desenvolvimento

357. *Puissance publique* significa “o conjunto de direitos cujo sujeito ativo é a pessoa jurídica do Estado e o sujeito passivo são os indivíduos submetidos a esse poder” (Cf. MESCHERIAKOFF, Alain-Serge apud JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 22).

358. Cf. HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. 4 ed. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. VII (prefácio).

359. Cf. HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 5-6.

360. Cf. HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 8.

361. Cf. HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 13.

da interdependência social, e essa atividade é de tal natureza que não pode ser realizada completamente a não ser pela intervenção da força governante. Mediante o monopólio da força, a intervenção do governo se dá com o objetivo de regulamentar, organizar e controlar o serviço público, assim como para reprimir todos os atos contrários à sua realização e sancionar (*sic*) aqueles que sejam conformes a seu objetivo. O serviço público seria de tal importância para a coletividade que não poderia ser interrompido um só instante. Daí o dever dos governantes de empregar sua *puissance* para assegurar-lhe o cumprimento de maneira absolutamente contínua. A continuidade apresenta-se como um dos caracteres essenciais do serviço público, com a consequência, notadamente, da impossibilidade jurídica de greve dos funcionários. Conclui que, se há uma *puissance publique*, ela é um dever, uma função, e não um direito. O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental.³⁶²

Quais são as atividades cujo cumprimento constitui para os governantes essa obrigação? A essa questão – segundo Duguit –, porque variável e evolutiva, não poderá ser dada resposta fixa. Tudo que se pode dizer é que, à medida que a civilização se desenvolve, aumentam suas necessidades (as quais devem ser satisfeitas dentro do menor tempo possível), aumenta o número de atividades suscetíveis de servir de suporte aos serviços públicos e aumentam, pela mesma razão, os serviços públicos.³⁶³

O caráter de serviço público não implica monopólio em favor dos governantes e de seus agentes. Certas atividades que podem ser livremente exercidas pelos particulares tornam-se serviços públicos na medida em que são desempenhadas pelos governantes ou seus agentes. O ensino e a assistência são os dois exemplos mais nítidos. Os particulares podem fornecer ensino e uma boa parte da assistência se deve à iniciativa privada. Mas é certo que os serviços de ensino e assistência, na medida em que são assegurados pelos governantes, são serviços públicos.³⁶⁴

Desde a origem do Estado, o serviço da guerra constituiu serviço público. O serviço de polícia foi também corretamente erigido em serviço público. Trata-se do serviço que tem por objetivo fazer reinar a ordem, a tranquilidade e a segurança no interior do grupo social e sobre o território por ele ocupado. Um terceiro serviço, como complemento e condição, é o serviço da justiça. É

362. Cf. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3 ed. Paris: Fontemoing, 1927, p. 59-62.

363. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 62-63.

364. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 63.

o serviço que tem por objetivo reprimir todas as violações da regra de direito, de pronunciar condenações e anulações, de constatar as situações jurídicas subjetivas quando há contestação sobre o entendimento ou a existência de tais situações, e, enfim, de assegurar a execução, pela força, das decisões dadas sobre esses diferentes pontos. Durante longo tempo se acreditou que a atividade governante deve se restringir a esses três serviços. Quando a atividade estatal se reduzia a pouca coisa mais que o cumprimento desses três serviços, o Estado pôde aparecer como detentor da *puissance* e como sendo somente esta. De fato, os objetivos correspondentes a esses serviços só podem ser atingidos por meio de injunções ou proibições. Os autores que admitem a distinção entre serviços de autoridade e serviços de gestão veem, essencialmente, os serviços de autoridade dentro da polícia, da guerra e da justiça. Na realidade não é isso, pois, se em relação a outros serviços não há Estado-*puissance*, não se vê por que haja em relação a esses.³⁶⁵

Os outros serviços são atualmente muito numerosos. São os serviços de ordem técnica, que se realizam na maioria das vezes por simples operações materiais, em que a noção de *puissance publique*, de império, nada tem a ver. Assim, o crescimento do número de serviços explorados pelo Estado contribui em larga medida para descartar a velha concepção do Estado-*puissance*. Os governantes não são mais os órgãos de uma pessoa coletiva que comanda; são os administradores de interesses da coletividade e toda uma série de consequências resulta desta concepção.³⁶⁶

Os governantes, não sendo titulares de um direito de *puissance publique*, não têm sobre o pessoal, agentes prepostos à gestão dos serviços públicos, a autoridade sem controle que o velho direito público tendia a lhe atribuir. Os agentes devem ter e têm, mais e mais, uma situação estável, independente da arbitrariedade governamental. Devem ter o que se chama de *estatuto* ao mesmo tempo segundo seu interesse e o interesse do serviço.³⁶⁷

O serviço público é estabelecido e deve funcionar segundo o interesse de todos. Por isso, se em razão de seu funcionamento irregular causa prejuízo especial a um particular, é legítimo que a respectiva reparação seja suportada pelo patrimônio afetado àquele serviço ou, se é um serviço não patrimonializado, pelo conjunto de bens afetados aos serviços públicos. Esta responsabilidade é empenhada por todos os serviços, sem distinção entre

365. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 65.

366. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 65-66.

367. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 67.

serviços de *puissance publique* e serviços de gestão. A jurisprudência mais firme do Conselho de Estado condena esta distinção.³⁶⁸

Contrapõe-se Duguit à opinião de Gaston Jèze, segundo a qual, para resolver a questão de saber se, em relação a tal caso dado, o procedimento de serviço público é efetivamente empregado, é necessário pesquisar unicamente a intenção dos governantes. De acordo com esse autor (Jèze), o serviço público seria criação artificial do legislador, que, sozinho, o pode instituir e pode discricionariamente dar este caráter a uma atividade qualquer. Tal proposição se liga à concepção segundo a qual o direito é uma pura criação do Estado. Se uma lei positiva atribui expressamente o caráter de serviço público a uma atividade determinada, o juiz será obrigado a aplicar a disposição legislativa. Mas disso não resulta que na realidade seja um serviço público; e a realidade prevalecerá cedo ou tarde sobre a decisão arbitrária do legislador.³⁶⁹

Deve-se destacar, finalmente, trecho em que Duguit menciona o fato de que todas as doutrinas alemãs modernas, em seguida a Gerber, ensinam que a *puissance publique*, a soberania, é um direito subjetivo, do qual o Estado pessoa jurídica é o titular. É essa doutrina – assevera – que combatia com todas as suas forças, afirmando que não há direito subjetivo de *puissance publique*.³⁷⁰

O terceiro nome de destaque, para os objetivos desta exposição, já mencionado, é Gaston Jèze, para quem o serviço público é um *procedimento técnico* – e não o único – com o qual se satisfazem as necessidades de interesse geral. Dizer que, em determinado caso, existe serviço público, significa que os agentes têm a possibilidade de usar procedimentos de direito público, de apelar a teorias e regras especiais, ou seja, de recorrer a um regime jurídico especial. Criar um serviço público significa declarar aplicáveis as teorias especiais de direito público para a satisfação de determinado interesse geral.³⁷¹

Para saber se em determinado caso existe ou não serviço público, deve-se averiguar a intenção dos governantes. Fala-se em serviços públicos quando

368. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 69.

369. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 74. Este articulista pede escusas pelo fato de em seu livro *Direito Administrativo: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática* (2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010), desde a primeira edição, possivelmente por confusão no instante de transcrever anotações, ter constado como de Léon Duguit a ideia de que o conteúdo específico do serviço público seria estabelecido livremente pelo legislador. Na realidade, tal assertiva, de Gaston Jèze, é alvo da crítica de Duguit. O equívoco está corrigido na 3ª edição (esgotada).

370. Cf. DUGUIT, Léon, op. cit., p. 86.

371. Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 18 e 105.

as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público. A intenção dos governantes é o único elemento que se deve considerar. A opinião de tais ou quais autores não tem qualquer importância, sendo indiferente a opinião pessoal do jurista que resolva a dificuldade. Em nota de rodapé, observa Jèze que Duguit incorre em confusão entre o ponto de vista da técnica jurídica e o ponto de vista sociológico.³⁷²

Lembra Jèze que na França, por exemplo, a religião foi, em determinada época, um serviço público propriamente dito: satisfaziam-se as necessidades religiosas da população mediante procedimentos de direito público. Existia para o serviço de culto um regime jurídico especial. A alguns parece lamentável que, em 1905, se tenha abandonado o procedimento de serviço público; outros, pelo contrário, sentem-se felizes por essa providência. Não há nisso importância do ponto de vista jurídico; o que nenhum jurista pode negar é que na atualidade as necessidades religiosas da população francesa já não são satisfeitas por meio de um serviço público.³⁷³

Para satisfazer a certas necessidades de interesse geral, a Administração utiliza o serviço público. Tal acontece com os serviços de justiça, de polícia, de defesa do território, da diplomacia, dos consulados etc. Para estes serviços não há qualquer dificuldade no reconhecimento. Do mesmo modo, se consideram serviços públicos propriamente ditos os estabelecimentos criados pelo Estado, pelos departamentos e pelos municípios, relativamente à instrução pública, à assistência pública, à higiene pública, aos correios, telégrafos e telefones, ainda que em certas épocas não tenha sido assim para alguns deles. Depois de muitas vacilações, reconhece-se plenamente na atualidade que o serviço ferroviário é um serviço público, ainda que se trate de ferrovias concedidas.³⁷⁴

Como se reconhece que a vontade dos governantes tenha sido de satisfazer a uma necessidade de interesse geral pelo procedimento técnico de serviço público propriamente dito? É impossível responder por um critério único. Depende de um conjunto de circunstâncias, sendo as principais: a) o estabelecimento de encargos especiais destinados a assegurar o funcionamento do serviço, como acontece com as servidões sobre imóveis lindeiros de vias férreas e vias públicas; b) a organização do poder de perceber os impostos

372. Cf. JÈZE, Gaston, *op. cit.*, p. 18-19.

373. Cf. JÈZE, Gaston, *op. cit.*, p. 21.

374. Cf. JÈZE, Gaston, *op. cit.*, p. 21-22.

e as taxas propriamente ditas, para assegurar o funcionamento do serviço (esta última faculdade é o indício mais seguro); c) a criação de um monopólio de exploração é também um indício muito valioso.³⁷⁵

A tese de serviços (ex.: espetáculos públicos) que, por sua própria natureza, não se podem considerar estabelecimentos públicos, parece inadmissível, achando-se em contradição evidente com a noção mesma de estabelecimento público: trata-se pura e simplesmente de um procedimento jurídico.³⁷⁶

Há necessidade de aprovação, pelo Parlamento, de toda regra jurídica que implique limitação à liberdade física dos indivíduos, a sua propriedade, à liberdade de comércio e indústria, ao livre exercício dos cultos, ou, de maneira geral, ao que se denomina liberdades individuais. Impõe-se o procedimento legislativo porque pressupõe debate contraditório e a mais ampla publicidade da discussão nas Câmaras e na imprensa, o que facilita o controle pela opinião pública. A regra geral que estabelece, para a satisfação de determinado interesse geral, a aplicação do procedimento de serviço público implica necessariamente limitações à liberdade individual, por isso, deve emanar do Parlamento e não das autoridades administrativas. Ainda que não se trate de monopólio, a criação de um serviço público torna frequentemente difícil, senão impossível, a competição dos particulares. O Parlamento tem poder discricionário de apreciação, relativamente ao emprego do procedimento de serviço público. Existe, no caso, uma questão política. O Parlamento, com o controle exclusivo pela opinião pública, determina se as circunstâncias econômicas, sociais ou políticas impõem a adoção do procedimento de serviço público. Apesar disso, o Conselho de Estado considera que a criação geral, pelo Parlamento, de serviços públicos está limitada por certos princípios fundamentais estabelecidos pelo mesmo legislador, a saber: a liberdade de comércio e indústria e o regime de livre competição econômica. As autoridades locais só podem utilizar a autorização geral e organizar um serviço público quando dito serviço não atenta contra esses princípios fundamentais. Segundo o Conselho de Estado, é condição que a iniciativa privada não satisfaça de qualquer modo a necessidade de interesse geral, ou só o faça de maneira muito incompleta. Existem nesta matéria duas questões de ordem política e econômica que dependem da apreciação discricionária do juiz e, por conseguinte, de suas opiniões políticas ou econômicas: a) determinar se as circunstâncias de fato fazem necessário um serviço público; b) saber se a

375. Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 22-23.

376. Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 36.

organização de um serviço importa ou não, em determinado caso, atentado contra a liberdade de comércio e indústria.³⁷⁷

3. DESDOBRAMENTO DAS CONCEPÇÕES FORMAL E MATERIAL DE SERVIÇO PÚBLICO

A crítica feita a Léon Duguit, justamente por seu discípulo mais ilustre na chamada Escola de Bordeaux, é o suposto desvio para critério sociológico ou político – *atividade indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* – na conceituação de serviço público, caminho considerado impróprio para o jurista. Ao jurista seria de se esperar concepção de serviço público baseada tão-somente no regime jurídico da atividade (critério formal). É a preocupação com a pureza do direito, típica do pensamento racionalista, que prima por limites precisos às diversas disciplinas científicas. Não se sustenta nos dias atuais, contra a enfática afirmação da interdisciplinaridade, tal preocupação com a especialização e pureza do Direito, isolado dos demais campos do conhecimento. O próprio Kelsen fez questão de deixar claro que não pregava uma “teoria do Direito puro”, mas uma “teoria pura do Direito”, pureza científica, metodológica, que ignorava, mas não excluía a possibilidade de um valor relativo de justiça.³⁷⁸

Do ponto de vista teórico, é possível falar, isoladamente, de regime jurídico, mas a realidade não permite isolar meios e fins. O Direito, na teoria tridimensional, é norma, fato e valor. Desse modo, ao jurista não é dado negar-se a emitir juízo de valor quanto ao conteúdo de determinada atividade eleita pelo legislador como serviço público, num tempo em que se prega a possibilidade de controle judicial de mérito, até das políticas públicas, sob o critério de razoabilidade.

Na opinião de Hely Lopes Meirelles, não haveria, fora da generalidade, como indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada cultura. Ao se afirmar que são atividades coletivas *vitais*, verificar-se-á que algumas sabidamente dispensáveis pela comunidade são realizadas pelo Estado como *serviços públicos*.³⁷⁹ Mas cada povo e cada época têm suas necessidades vitais, as quais justificam enqua-

377. Cf. JÈZE, Gaston, op. cit., p. 105-106, 109 e 114.

378. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 9.

379. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 294-295.

dramento das atividades destinadas a supri-las como serviço público, e o exercício como serviço público de atividades dispensáveis configura desvio inconstitucional. Partindo da constatação de que a Constituição não define, precisamente, o que sejam *atividades econômicas*, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que, “em consequência, remanesce ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como *serviços públicos*, no que indiretamente gizará, por exclusão, a área configurada como das *atividades econômicas*”. Mas acrescenta: “A despeito desta larga margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na sociedade”.³⁸⁰

Devem ser lembrados, a propósito, os casos de monopólio estatal do jogo ou da produção e comércio de bebidas alcoólicas para ressaltar que a assunção de tais atividades, pelo Estado, tem objetivo de controle, em vez da satisfação de necessidades vitais, que obviamente não caracterizam. O monopólio, no caso, ajusta-se mais à classificação como polícia administrativa que serviço público. O Estado, quando monopoliza a exploração do fumo, tem em vista, sabendo-se que uma proibição total é ineficaz, o interesse de conter o consumo de cigarros dentro de limites toleráveis, assim como de arrecadar pesados tributos, receita destinada, como compensação ao malefício do tabagismo, à satisfação de necessidades vitais da sociedade.

Serviços públicos são, sim, por natureza, atividades ligadas aos interesses essenciais da sociedade, que o Estado, direta ou indiretamente, tem por obrigação promover e proteger. Tal concepção – de interesses essenciais da sociedade – ganha mais forte coloração com a teoria dos direitos fundamentais. Os interesses essenciais suscetíveis de inspirar a instituição de serviços públicos para promovê-los estão sintetizados nos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição. Noutra versão, de Jorge Luis Salomoni,³⁸¹ à luz da Constituição argentina, os interesses fundamentais abrangem, além dos *direitos humanos*, a *cláusula de progresso*, em virtude da qual cabe ao Estado a realização da infraestrutura necessária ao desenvolvimento econômico e social. A ligação dos serviços aos direitos fundamentais é orientação coerente com o pós-positivismo jurídico, como designação de um ideário que inclui

380. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2 ed. 3 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 22.

381. SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

a realização desses direitos, com base na dignidade humana, tomada esta expressão como papel central das Constituições.³⁸²

4. CONCEPÇÃO MATERIAL DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DIREITOS

Os direitos fundamentais (liberdade, igualdade, desenvolvimento e democracia), que se afirmaram a partir da instituição do Estado de Direito, traduzem os interesses que, na mencionada concepção, justificam a instituição de serviços públicos destinados a sua proteção e promoção: a) direitos individuais de primeira dimensão, constituídos pelas liberdades clássicas, além da segurança e da propriedade,³⁸³ os quais tiveram de início o sentido de defesa³⁸⁴ contra possíveis violações pelo Estado liberal, enquanto que no Estado social devem ser positivamente promovidos pelo poder público (significado positivo de liberdade, como possibilidade material de acesso aos meios indispensáveis para seu exercício)³⁸⁵; b) direitos econômicos e sociais, de segunda dimensão, baseados no princípio da solidariedade – saúde, habitação, educação, trabalho, previdência etc. -, de caráter positivo, a que mais diretamente correspondem serviços públicos; c) direitos coletivos e difusos, de terceira dimensão, pertencentes à comunidade – meio ambiente ecologicamente equilibrado, patrimônio cultural, desenvolvimento, paz, fraternidade etc. -, de natureza prestacional ou não; d) democracia formal e material, direito de quarta dimensão, pertencente ao gênero humano,³⁸⁶ que não é propriamente um interesse a ser protegido por serviço público, mas requisito da organização e prestação de todos os serviços públicos. A classificação desses direitos em gerações ou dimensões atende à sequência histórica de sua afirmação. Não

382. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 19, maio/jun. 2003, p. 56-57.

383. Observa Norberto Bobbio (*A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 47) que “toda referência ao direito de propriedade como direito do homem desapareceu nos documentos mais recentes das Nações Unidas”.

384. Não é exato dizer que os *direitos de defesa* têm caráter negativo pelo fato de significar abstenção do Estado. Na verdade, também demandam prestações positivas para promover a segurança, em favor dos interesses econômicos, especialmente a proteção da propriedade privada.

385. O direito de ir e vir, na perspectiva do Estado liberal, significa proteção contra prisões arbitrárias, enquanto que, no Estado social, serve de fundamento à instituição do serviço público de transporte coletivo de passageiros. No Estado social, ao sigilo da correspondência, garantia típica do Estado liberal, soma-se o direito a endereço postal (direito de moradia). Na mesma linha, aspira-se, no Estado social, a democratização dos meios de comunicação de massa, em vez da simples liberdade formal de expressão.

386. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 12.

significa fragmentação ou separação e, muito menos, hierarquia em função da precedência. Prevalece, ao contrário, a indissociável complementaridade, senão unidade em permanente transformação.

Os serviços públicos, além de instrumentos de proteção e promoção de direitos fundamentais específicos, devem já em sua forma de organização orientar-se pelos princípios de igualdade e democracia. Ao longo do tempo, como consequência da concepção de verticalidade e supremacia da administração em relação ao *administrado*, tem sido nota predominante na conceituação de serviço público a *prerrogativa de poder*, o *regime exorbitante*, o *poder de polícia*, a *força governamental*. Por mais que se insista em afirmar que as prerrogativas de poder têm caráter instrumental, a visão cartesiana de *meios*, a ideologia autoritária e a falta de controle acabam por tratá-las isoladas da finalidade, senão como um fim em si mesmas. É a competência como poder, dependendo simplesmente da vontade do legislador e do administrador para se estabelecer. A ideia de prerrogativas tem parentesco próximo com a de discricionariedade e, logo, na visão tradicional, de restrição do controle judicial à legalidade e de ausência de direito subjetivo ou mesmo interesse qualificado à prestação estatal. Resultado do conceito construído em volta das prerrogativas – diz Agustín Gordillo – é a impotência do particular frente a serviços cumpridos defeituosamente ou não prestados. Acrescenta esse autor que o regime jurídico dos serviços públicos, ao pretender assegurar o interesse público mediante a outorga de grandes *faculdades jurídicas* aos prestadores frente aos particulares, tem como resultado, na prática, a inutilidade de qualquer reclamação contra uma má prestação e, por isso, a resignação da maioria dos usuários. Em lugar de afirmar, o regime jurídico exorbitante contradiz o interesse público. As circunstâncias demonstram que o interesse público não está em que o usuário não possa embarçar a administração, senão que a maioria dos usuários possa queixar-se eficientemente contra o serviço defeituoso e conseguir que seja melhorado. A defesa do interesse público consiste em que se dê ao usuário meios jurídicos para exigir que o prestador execute o serviço como deve.³⁸⁷

A segunda faceta do serviço público, concebida sob o ângulo da verticalidade, é a desigualdade em sua organização e distribuição. É uma ilusão a proclamação de que “todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XXI.2). Por mais que se proclame a generalidade ou isonomia como princípio ou requisito dos

387. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995, p. XIII-14 e XIII-20-XIII-21.

serviços públicos, não tem este passado de uma igualdade formal e positivista, que reproduz as profundas desigualdades sociais. Os demais princípios dos serviços públicos têm relação íntima com o princípio da isonomia, logo, seguem a mesma sorte. A continuidade – afirmada como fundamento da vedação ou restrição ao direito de greve dos servidores públicos – assume o significado temporal de permanência, quando deveria ser temporal e espacial (universalização mediante a utilização, especialmente, dos subsídios cruzados, ou seja, tarifas uniformes e condições de qualidade similares, sem considerar as situações particulares e o grau de rentabilidade econômica de cada operação individual³⁸⁸). A modicidade, sem dúvida, é o requisito mais importante para atenuar as desigualdades reais na utilização dos serviços, apesar de que, na prática, a gratuidade, por exemplo, do ensino público, especialmente nas universidades, termina sendo apropriada pelas classes de maior poder aquisitivo (situação, é bem verdade, que o regime de cotas busca corrigir)³⁸⁹. A cortesia nunca existiu, para a população carente, nos hospitais públicos e nas delegacias de polícia. Em sentido contrário à doutrina social da Igreja e diametralmente oposto à recomendação de Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum* (“A classe dos ricos se defende pelos seus próprios meios e necessita menos da tutela pública; mas o pobre povo, baldado de riquezas que o ampare, está particularmente confiado à proteção do Estado”), trincheiras de segurança são erguidas com os minguados recursos públicos em favor justamente daqueles que “já ostentam a segurança da superior escolaridade, da casa própria, da estabilidade profissional” etc.³⁹⁰ Os dados estatísticos sobre a distribuição de efetivos policiais nas grandes cidades revelam que os bairros periféricos e as favelas são colocados em segundo plano pelo serviço de segurança pública ou este é executado indiscriminadamente contra as populações faveladas.

A desigualdade na organização de serviços públicos manifesta-se desde o estabelecimento de prioridades: em lugar da educação, a construção de viadutos, de prédios de grande beleza arquitetônica³⁹¹ e estádios de futebol

388. Cf. LE MESTSRE, Renan. *Droit du Service public*. Paris: Gualino éditeur, 2003, p. 45.

389. Nas palavras do Ministro Reynaldo Soares de Fonseca, “a controvérsia referente à política de cotas para o ingresso em universidade pública perpassa pelos critérios legítimos para tratamentos desiguais com base em um sentido de justiça social e correção estrutural de circunstâncias históricas adversas a minorias sociais” (*O Princípio Constitucional da Fraternidade*, p. 53).

390. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 272.

391. ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 9, dez. 2001, p. 8.

(estes, no lugar de hospitais que poderiam suprir a crise do sistema de saúde). É comum encontrar comunidade que não goza dos serviços básicos de saneamento, saúde e educação gastando sua parca renda em telefonia celular de última geração. Há algum tempo, a imprensa noticiou que, no Brasil, em áreas urbanas, 34,5 milhões de pessoas não contam com rede de esgoto e 13,2 milhões vivem em cortiços. Até que ponto é correta a política pública de investir em telefonia digital, com tecnologia importada de última geração, antes de atender às necessidades mínimas da maioria da população quanto a habitação e saúde? É verdade que não é possível obter igualdade total. A experiência revela, mesmo nos países desenvolvidos, a impossibilidade de oferecer a todos e ao mesmo tempo, em quantidade e qualidade, os mesmos serviços. A demanda acaba levando à exaustão os melhores estabelecimentos prestadores. Mas a realidade clama por reduzir as desigualdades a um limite tolerável. Não passa despercebida a interessante designação - “maior isonomia” - dada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca à redução das desigualdades sociais.³⁹²

É interessante notar que a recomendação ética de solidariedade não se limita ao comportamento dos administradores. No nível individual, inspira a consciência de que somos responsáveis pelo sofrimento alheio tanto quando o causamos como quando deixamos de fazer o possível para evitá-lo. Essa consciência exclui a vida luxuosa e de desperdício e estimula a promoção de mudanças estruturais para que todas as pessoas, universalmente, atinjam um padrão razoável de sobrevivência.³⁹³

5. SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A competência para a prestação de serviços públicos assenta-se nos direitos, garantias e princípios constitucionais fundamentais e, portanto, sob pena de desvio inconstitucional, terá que ser exercida em correspondência com aqueles direitos, garantias e princípios. Assim como há necessidade de dois pontos para traçar um rumo, a regra de competência constitucional para prestação de serviço público é o primeiro desses pontos e aquelas regras e princípios de proteção dos direitos fundamentais são a outra referência para a direção a ser seguida. Aplicada tal orientação, estarão excluídas da categoria de serviço

392. *O Princípio Constitucional da Fraternidade*, p. 74.

393. SINGER, Peter. Os Aspectos Fundamentais da Ética São Universais. *Estado de Minas*, 1º mar. 2003. Pensar, p. 3. Cf. também MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 68.

público, constituindo atividades econômicas em sentido estrito, as atividades do Estado que não se relacionem com os direitos fundamentais.

Muitos serviços públicos têm natureza econômica ou são prestados tendo em vista atividades econômicas, empregado o termo *economia* em sentido amplo (*aproveitamento de recursos escassos para a satisfação de necessidades humanas*), o que levou o Ministro Carlos Mário Velloso a concluir, fundado na doutrina de Eros Roberto Grau, que “atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos – enquanto gênero, compreendendo duas modalidades (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); enquanto espécie, ao lado de serviço público, se integra no gênero atividade econômica”.³⁹⁴ Incumbe ao Estado a “provisão, à sociedade, como *serviço público*, de todas as parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social”.³⁹⁵ É também de Eros Roberto Grau a tese de que constitui equívoco “a afirmação isolada (do conjunto normativo e da realidade fática) de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da *atividade econômica em sentido amplo* à categoria de *serviço público* (os chamados *serviços públicos por definição constitucional*)”. Aponta o transporte fluvial de produtos agrícolas, que o Supremo Tribunal Federal entendeu não configurar serviço público, a despeito da previsão do art. 21, XII, “d”, da Constituição. Argumenta que, em situações como essa, não é possível sustentar que a prestação de serviço seja “indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social (Duguit)” ou que corresponda “a um serviço essencial, relativamente à sociedade (Cirne Lima)”. Diferente seria o transporte de produtos agrícolas para salvar de grave crise o setor ou para fazer em face da calamidade pública.³⁹⁶

De qualquer modo, o que se tem em causa, para além da disposição constitucional, é a relevância da matéria, que, conforme opção teórica aqui firmada, para efeito de configuração da natureza de serviço público, deve alçar-se à categoria de direito fundamental.

Os direitos e garantias fundamentais não são apenas os previstos no art. 5º da Constituição e incluem os direitos coletivos e sociais. Do contrário, “teríamos de reconhecer que não apenas os direitos sociais (artigos 6º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), bem como, de modo geral (a não

394. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Empresas Estatais: Responsabilidade e Controle. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 85, jan./mar.1988, p. 85.

395. GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 259.

396. GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 262-263.

ser o sufrágio secreto e universal assegurado no artigo 60, § 4º, inciso II), os direitos políticos (artigos 14 a 17) fatalmente estariam excluídos”.³⁹⁷ Embora, pela natureza da questão debatida, limitando-se à consideração de direitos individuais, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, no julgamento da ADI n. 939-7/DF, de que tais direitos, para efeito do disposto no art. 60, § 4º, IV, não se circunscrevem à previsão do art. 5º da Constituição.

Por disposições constitucionais específicas, são atribuídas à União (direta ou indiretamente, conforme o caso): a) a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX), que faz parte do objetivo fundamental de desenvolvimento nacional (art. 3º, II); b) o serviço postal, o correio aéreo nacional e as telecomunicações (art. 21, X e XI), que se ligam à garantia do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII); c) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, “a”), que têm base na liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de manifestação do pensamento, de criação, expressão e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 5º, IX, e 220); d) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados (art. 21, XII, “b”), a que também corresponde o objetivo de desenvolvimento nacional; e) os serviços de navegação aérea e aeroespacial, os de transporte ferroviário e aquaviário e os de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “c” a “f”), que se justificam pelo direito de segurança e de liberdade de locomoção (art. 5º, *caput* e XV) e pelo objetivo de desenvolvimento econômico.

Ao Município cabe prestar serviços de interesse local e, especificamente, de transporte coletivo, de educação pré-escolar e fundamental, de saúde e de proteção ao patrimônio histórico e cultural. Ao Estado são atribuídos os serviços remanescentes da competência federal e municipal e, especificamente, os serviços locais de gás canalizado. Constitui competência comum, às três entidades, cuidar da saúde e da assistência públicas; da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; da proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural e de monumentos, paisagens naturais notáveis e sítios arqueológicos; dos meios de acesso à cultura, à educação e à Ciência; da proteção ao meio ambiente, da preservação de florestas, fauna e flora; do fomento à produção agropecuária e da organização do abastecimento

397. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, n. 17, jan./fev.2003, p. 67.

alimentar; da promoção de programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento; do combate às causas da pobreza e marginalização; do registro e fiscalização das concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais; da educação para a segurança do trânsito.

Não é preciso muito esforço para relacionar todos esses serviços com os valores fundamentais consagrados pela Constituição, entre os quais a vida (a que se ligam os direitos à saúde, ao meio ambiente equilibrado e ao saneamento), a educação, a integração social e ao progresso material e espiritual da sociedade. São, por outro lado, serviços essenciais à interdependência ou solidariedade social. A energia elétrica, por exemplo, “de tal forma penetrou a vida da civilização material ocidental que, sem ela, os seus quadros econômicos e sociais sofreriam colapso semelhante ao do corpo humano sem oxigênio”.³⁹⁸ Os serviços de correios e telégrafos são, na origem, típico instrumento da interdependência social, em nível internacional. Nos dias atuais, o mesmo papel continua a ser exercido pelos serviços de telecomunicações, além de terem-se revelado fundamentais para as transformações socioeconômicas do mundo no final do séc. XX.³⁹⁹

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem abandonar os dois primeiros critérios - que, conforme já se assinalou na introdução, devem ser empregados em caráter complementar -, o critério material ou objetivo, superada a excessiva preocupação com a especialização e pureza do Direito, predomina na noção de serviços públicos no Estado social, particularmente depois da teoria dos direitos fundamentais.

A transferência do enfoque predominante nos critérios subjetivo e formal para o critério material, no reconhecimento dos serviços públicos, está na mesma linha de outras transformações científicas, políticas e sociais, com reflexos no Direito, vistas dos seguintes ângulos: a) do racionalismo, com sua pretensão de especialização e pureza e com destaque na causalidade matemática, para a teoria sistêmica, em que prevalecem a finalidade e a interdisciplinaridade;⁴⁰⁰

398. ÁLVARES, Walter Tolentino. *Curso de Direito da Energia*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 41.

399. JUSTEN, Monica Spezia, op. cit., p. 34.

400. A *Folha de S. Paulo*, ed. 14.09.2010, p. A15, publicou matéria relativa a dificuldade que os profissionais com formação multidisciplinar estavam encontrando no mercado de trabalho, ainda estruturado em “caixinhas” (departamentos organizados em torno de uma única área de conhecimento).

b) da democracia meramente formal para a democracia substancial, esta, a democracia econômica, cultural e social; c) do princípio da igualdade formal para o da igualdade material, que pressupõe a disponibilidade, em igualdade de condições (ou, no mínimo, diminuição das desigualdades), dos meios materiais necessários - a começar pelo mínimo existencial -, ao exercício das liberdades; d) da primeira para as demais dimensões dos direitos fundamentais, ou seja, da concepção de direitos à abstenção do Estado (direitos de defesa) para a de direitos a prestações positivas, democraticamente realizadas; e) dos estágios em que a pessoa foi considerada objeto, passando pela condição de sujeito, até chegar à cidadania (democracia), tida como direito fundamental de quarta dimensão; f) do desenvolvimento histórico da administração pública, em seus modelos patrimonialista, burocrático e sistêmico (gerencial, na linguagem do neoliberalismo), o último a colocar em lugar privilegiado o cidadão-usuário dos serviços públicos; g) do controle judicial da administração pública, que não mais se circunscreve ao controle formal de legalidade, mas parte para o controle meritório até mesmo das políticas públicas, incluídas as políticas relativas aos serviços públicos.

Não é casual que, para o neoliberalismo, o maior abuso que se pode cometer com a definição de democracia é tomar, no lugar do procedimento (democracia formal), o conteúdo substancial que se preveja com o fim da ação política (democracia substancial).⁴⁰¹ A ideia defendida neste artigo está, assim, em sintonia com a evolução do Estado liberal, em que predominam os valores formais (Estado formal de Direito), para o Estado democrático-social (Estado material de Direito)⁴⁰² - o Estado da justiça formal e substancial.

401. Cf. HAYEK apud BOBBIO, Norberto. Democracia. In: SANTILLÁN, José Fernández (Organização e apresentação). *Norberto Bobbio: O filósofo e a Política* (antologia). Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 238.

402. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 43. Diz esse autor (op. cit., p. 71-72) que, “apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição”. [...] “No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerente à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material”.

7. O TRABALHO DO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

No modesto livro *Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática*, publicado em 2005, já me referi à renovada utopia, traduzida nas seguintes palavras de L. Cabral de Moncada: “Nada nos diz ser impossível que um dia, nas relações entre os homens, tanto dentro como fora do Estado, não possa vir a reger uma forma de normatividade ou lei, talvez a do *amor*, superior e melhor que o *direito*”.⁴⁰³ A alvorada dessa nova era (*Eschaton*) significará o reino da liberdade, do amor e da justiça.⁴⁰⁴ O amor “é a energia substancial de toda a Criação e a vocação ontológica de toda criatura”.⁴⁰⁵ O constitucionalismo fraternal, resultante dessa evolução, entrelaça sob o mesmo regime, complementarmente, todos os direitos fundamentais, quer sejam de índole liberal ou social.⁴⁰⁶ Na Revolução Francesa foram proclamados os valores liberdade e igualdade, a que se juntou, na Constituição de 1791, a fraternidade, mas com caráter de simples virtude cívica. A concepção de superioridade de uma raça e a consideração de que povos *inferiores* poderiam ser subjugados foram o móvel da 2ª Guerra Mundial. Em seguida, como reação, veio a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Estabeleceu, em seu art. I, que “todos os homens (...) devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Afirmou a igualdade essencial entre todos os seres humanos, independentemente de qualquer diferença, e a aspiração à fraternidade.⁴⁰⁷ Pode-se dizer que o século XIX foi o da liberdade, o século XX, da igualdade e o século XXI será o da solidariedade.⁴⁰⁸ Nessa sequência, Carlos Ayres Brito identifica o constitucionalismo liberal, o constitucionalismo social e o constitucionalismo fraternal (democracia fraternal), este o constitucionalismo das ações estatais afirmativas em prol dos segmentos sociais historicamente desfavorecidos.⁴⁰⁹ A globalização – resultado da revolução na informática e nas telecomunicações –, não é necessariamente, como buscam fazer crer os interesses econômicos, aliada do neoliberalismo e da hegemonia do mercado

403. MONCADA, L. Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, II, p. 342.

404. ROLIM, Francisco Cartaxo. *Dicotomias Religiosas: Ensaio de Sociologia da Religião*. Petrópolis: Vozes., 1997, p. 186.

405. MONCADA, L. Cabral, op. cit., I, p. 109.

406. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 39.

407. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 18, 215, 228-229.

408. VON THADDEN, apud HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, II, p. 253.

409. BRITTO, op. cit., p. 216.

financeiro. Preconiza-se a globalização do Estado neossocial e dos direitos humanos,⁴¹⁰ convertendo para esta nova missão os recursos tecnológicos criados pela revolução industrial, especialmente as telecomunicações.

O livro do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – *O Princípio Constitucional da Fraternidade (e Seu Resgate no Sistema de Justiça)* é um farol nesse caminho.

Minhas sinceras homenagens!

REFERÊNCIAS

ALEXI, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁLVARES, Walter Tolentino. **Curso de Direito da Energia**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, n. 19, maio/jun. 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Democracia. In: SANTILLÁN, José Fernández (Organização e apresentação). **Norberto Bobbio: O filósofo e a Política** (antologia). Trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**: Ensaio sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3 ed. Paris: Fontemoing, 1927.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

410. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45-46.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago - Organizadores. **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAURIOU, Maurice. **Précis Élémentaire de Droit Administratif**. 4 ed. Paris: Recueil Sirey, 1938.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo**. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN, Monica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 5 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LE MESTSRE, Renan. **Droit du Service Public**. Paris: Gualino éditeur, 2003.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. A Nova Crise do Serviço Público? In: **Estudos de Direito Constitucional** – em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. 2 ed. 3 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. 10 tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo: Da Rigidez Autoritária à Flexibilidade Democrática**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROLIM, Francisco Cartaxo. **Dicotomias Religiosas**: Ensaios de Sociologia da Religião. Petrópolis: Vozes, 1997.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría General de los Servicios Públicos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “Cláusulas Pétreas”. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, n. 17, jan./fev.2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SINGER, Peter. Os Aspectos Fundamentais da Ética São Universais. **Estado de Minas**, 1º mar. 2003. Pensar.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Empresas Estatais: Responsabilidade e Controle. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 85, jan./mar.1988.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, n. 9, dez. 2001.

PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E IMPUTAÇÃO SUBJETIVA CULPOSA NA IMPROBIDADE

MARCIO SÁ ARAÚJO⁴¹¹

1. INTRODUÇÃO

Exigir que a administração pública seja eficiente e proba faz parte do rol dos direitos fundamentais de terceira geração. Conforme Reynaldo Soares da Fonseca⁴¹², estas categorias jurídicas estão implicadas na noção de solidariedade, por ter titularidade dispersa, difusa ou coletiva. A moralidade administrativa corresponde a um direito de cada cidadão, conforme será exposto no presente estudo.

Tal assertiva evidencia a forte relação que há entre a discussão sobre critérios de configuração da improbidade e a concretização do direito à fraternidade. Esta baseia-se numa ética da alteridade, que tem repercussão na atuação do homem público perante a sociedade. Na busca por uma administração proba, dentre os vários ramos jurídicos, destacam-se o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Assim, o direito criminal não é o único modelo punitivo voltado contra as condutas desviantes no setor público, não obstante a relevância do papel exercido por tal seara do direito. A privação de liberdade, modalidade de pena caracterizadora de tal ramo jurídico, é apenas uma das possibilidades de resposta à antijuridicidade voltada contra os cofres públicos. Tal asserção entra em consonância com a lição de Fernando Gaspar Neisser⁴¹³, segundo o

411. Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialização em Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Juiz federal. msaaraujo1@gmail.com

412. FONSECA, Soares da. O princípio da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 87.

413. NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 29.

qual os diversos mecanismos de desencarceramento das leis federais 9099/95 e 9714/98 implicavam na brusca redução da aplicação que tal modalidade punitiva em crimes não violentos.

Ensina Valter Shuenquener de Araújo⁴¹⁴ que as medidas penais são insuficientes para, isoladamente, reduzir a corrupção. Destaca o referido estudioso que, no exercício da função de regulação, o direito administrativo sancionador exerce relevante função prospectiva e dissuasória de redução de comportamentos ilícitos na administração pública.

No que tange ao papel desempenhado pelo direito administrativo sancionador, os debates relacionados ao combate à corrupção têm recebido forte interesse acadêmico. Ademais, catalisam a atenção da imprensa e do próprio Poder Legislativo. Quanto a este, ressalta-se o projeto de projeto de lei nº 10.887/2018⁴¹⁵. Por iniciativa da presidência da Câmara dos Deputados, corresponde ao resultado de deliberações e estudos realizados por uma comissão de juristas, tendo à frente o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mauro Campbell Marques.

Cuida-se de proposição que visa estabelecer mudanças significativas na disciplina da improbidade. Possui o escopo de adequar o texto da lei de nº 8.429/92 com as alterações pelas quais a sociedade passou, bem como proceder ao seu ajustamento aos posicionamentos jurisprudenciais consolidados. Dentre as modificações propugnadas, merecem destaque o desaparecimento do juízo prévio de admissibilidade para tais demandas e a cessação da modalidade culposa como ato de improbidade.

No que tange ao interesse que a sociedade tem perante tal tema, os números que envolvem as ações de combate à corrupção são notáveis. Conforme o já citado Fernando Gaspar Neisser⁴¹⁶, levantamento da lavra do Conselho Nacional de Justiça em 2013 apontou que existiam mais de vinte e cinco mil processos de improbidade administrativa tramitando nos tribunais brasileiros. Ainda segundo o referido autor, na mencionada data, as ações de improbidade administrativa superam na razão do dobro as ações penais sobre o mesmo tema.

414. SHUENQUENER DE ARAÚJO, Valter. O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 135-160, abr. 2020. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/81387/77724>>. Acesso em: 27 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.8138>

415. Tramitação de tal projeto de lei disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em 14 de março de 2020.

416. NEISSER, op. cit, p. 27.

Nos termos de outra relevante pesquisa jurisprudencial, correspondente ao projeto denominado Radiografia da Improbidade⁴¹⁷, 6.806 processos judiciais tiveram condenação judicial definitiva, no período de maio de 1995 a julho de 2016, com um total de 11.607 pessoas físicas e jurídicas condenadas, em um tempo médio de tramitação de seis anos e um mês.

Tendo em vista o acentuado relevo do tema ora exposto e, diante da peculiaridade das situações enfrentadas pelo gestor ao tomar decisões relacionados com a COVID-19, foi editada a medida provisória 966/2020. O objetivo subjacente consiste em conferir segurança jurídica ao administrador público em quadro fático ainda nebuloso, com indefinição sobre os critérios mais adequados de medidas sanitárias contra tal pandemia e outras decisões relevantes relacionadas a essa questão. Tal norma teve como objetivo estabelecer que as sanções civis e administrativas só poderiam recair no caso de atos praticados com dolo ou erro grosseiro.

Ademais, fixou que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica em responsabilização do agente público, verdadeiro apanágio do repúdio à responsabilidade objetiva. Tal preceptivo consta no §2º do art. 1º do apontado diploma normativo. Apontou, ainda, que a responsabilização do agente requer, como elemento subjetivo, o dolo ou o erro grosseiro, restringindo, no caso, as possibilidades de imputação culposa.

As normas acima citadas foram questionadas no Supremo Tribunal Federal (ADI 6.421, ADI 6.422, ADI 6.424, ADI 6.425, ADI 6.427, ADI 6.428 e ADI 6.431), tendo ocorrido julgamento da medida cautelar de forma conjunta pela corte, pronunciamento que será referido nesse estudo. Tais ações revelam a intensidade da querela que se desenvolve na sociedade em relação à configuração da responsabilidade do erro administrativo. O presente trabalho acadêmico irá focar especificamente a problemática da imputação subjetiva culposa na improbidade administrativa.

Apontada a relevância do tema através dos dados acima mencionados, este artigo, ao proceder recorte metodológico, visa estudar especificamente a improbidade como última *ratio* do direito sancionador, característica reforçada com a edição da citada medida provisória 966/202, que delimitou o erro grosseiro como ideia chave da culpa da responsabilidade administrativa. Este

417. Dados do Cadastro de Condenações por Improbidade Administrativa do Conselho Nacional de Justiça, analisados pelo Instituto Não Aceito Corrupção, juntamente com a Associação Brasileira de Jurimetria. Ver <http://naoaceitocorruptao.org.br/2017/radiografia/radiografia/destaques/>. Acesso em 30.07.2019.

paper tem como escopo analisar os critérios que apontam a imputação subjetiva culposa no ato de improbidade, tendo em vista a severidade das sanções previstas na lei n.º 8.429/92.

Os pontos acima destacados animam o esforço de aprofundamento dos estudos acadêmicos atinentes a tal tema. O caminho metodológico se fundamentará em pesquisa bibliográfica, com a utilização do método dedutivo, por meio do enfoque do estado da arte na doutrina especializada. O foco de estudo volta-se para a identificação do manejo adequado da ação de improbidade, de forma que o seu indiscriminado uso não prejudique valores relevantes do ordenamento jurídico.

2. NORMATIVA RELATIVA À IMPROBIDADE

A discussão sobre a noção de improbidade implica a necessidade de alusão às normas jurídicas pertinentes. Consoante o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da moralidade rege e ilumina a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União. Oportuna a referência a tal cânone a revelar a intersecção entre o combate a improbidade e o princípio da fraternidade. A alusão à ética evidencia, mais ainda, o mencionado intercruzamento.

A relação entre corrupção e moralidade é apontada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴¹⁸, que conceitua tal fenômeno como a “conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material”. Percebe-se a ideia de troca indevida como núcleo da apontada noção. O referido jurista afirma que tal fenômeno corresponde a uma aberração em relação aos paradigmas morais consagrados pela comunidade, correspondendo a um desvio insuportável, pronunciado.

A ideia de moralidade administrativa como direito difuso, conforme apontado logo no início desse estudo, é destacada por Richard Pae Kim e Valéria do Vale Porto⁴¹⁹. Os autores sustentam que se trata de direito fundamental de

418. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em: 29 jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v185.1991.44482>.

419. KIM, Richard Pae; PORTO, Valéria do Vale. O conteúdo da moralidade na Lei de Improbidade Administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 266, p. 125-166, mai. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32143/30938>>. Acesso em: 29 jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32143>.

todo e qualquer cidadão, na condição de titular do poder, em face do qual se deve prestar contas pela gestão adequada dos recursos públicos. Entendem que, em contraponto a tal direito, corresponde o dever do homem público a uma conduta proba.

As considerações acima têm ampla repercussão no princípio da fraternidade, que se baseia, conforme Reynaldo Soares da Fonseca⁴²⁰, numa ética da alteridade. Em estudo dedicado ao referido cânone, o jurista maranhense afirma que a ética infundida de alteridade modifica a concepção de política e direito possíveis, de modo que o respeito e responsabilidade para com o outro impliquem em uma relativização da autonomia do ser humano e uma abertura para a sociabilidade.

Relacionando a ética com o combate à corrupção, Fábio Medina Osório⁴²¹ fala em ética pública (que tem aspectos diferentes da ética privada e da ética política). Na esteira do pensamento do autor, corresponde à noção de responsabilidade, que se traduz na busca do bem comum e de pessoas ao serviço de interesses gerais dentro do primeiro setor (Estado).

Feitas as considerações acima, consigne-se que a norma nuclear sobre improbidade corresponde ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Tal comando prevê, como sanções para tal antijuridicidade, as medidas de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível para os atos de improbidade. Destaque-se, ainda, que o texto constitucional estabelece, no art. 15, V, que a perda ou suspensão dos direitos políticos poderá se dar nos casos de improbidade administrativa.

Nos termos do § 9º do art. 14 da norma fundamental, casos de inelegibilidade serão estabelecidos por lei complementar, com o propósito de proteger justamente a probidade administrativa. Ainda nessa linha de estudos, o art. 85 da norma mais importante do país aponta que os atos que atentam contra a probidade na administração são crimes de responsabilidade.

Relacionado à temática geral da responsabilidade, dispõe o art. 37, § 6º, da *lex fundamentalis*, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. A grande discussão

420. FONSECA, *op. cit.*, p. 33.

421. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*. 4 ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 32 e 33.

que perpassa todo o estudo do presente texto consiste justamente em desenvolver reflexões acerca da possibilidade de o legislador concretizar o conceito de culpa, como erro grosseiro, como o fez através do art. 28 da LINB e dos arts. 2º e 3º da medida provisória 966/2020, preceitos normativos que serão analisados posteriormente.

No âmbito relativo ao aspecto processual, destaque-se que aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente (CF, art. 5º, LV), sendo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Também é de bom alvitre referir que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, conforme o art. 5º, LVII, do mesmo texto.

Em nível infraconstitucional, a principal norma de combate à corrupção é a lei nº 8.429/92, regeadora das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Tal ato normativo é considerado um marco na disciplina voltada para a proteção da probidade da administração pública.

Referido diploma representa, nas palavras de Fábio Medina Osório⁴²², um código geral de conduta dos agentes públicos brasileiros. Inspirado no modelo dos códigos norte-americanos, corresponde a uma normativa nacional que alcança todo o serviço público. Ainda de acordo com o referido administrativista, tal modelo normativo possui vantagens e desvantagens. Nesse balanceamento prevalece os aspectos positivo de maior visibilidade e racionalidade das normas.

Tal marco regulatório, após quase três décadas de sua existência, ainda enseja debates sobre pontos sensíveis. Dissensão intensa é relacionada ao necessário equilíbrio entre o combate à corrupção e às fraudes no âmbito administrativo em contraponto com a necessidade de resguardo da segurança jurídica do gestor público. O debate se torna mais intenso quando a situação fática enfrentada pela agente público está cercada de incertezas, como no caso da pandemia do novo coronavírus. Nessa discussão, ainda é necessário ponderar a premência de respeito aos direitos e garantias do demandado.

Ainda percorrendo o caminho voltado à exibição da normativa relacionada com a improbidade, convém fazer referência à Lei Complementar 135/10. Tal

422. OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 4 ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 161 a 163.

norma alterou a redação da Lei Complementar 64/90, prevendo extensos prazos de inelegibilidades decorrentes de condenações por atos dolosos de improbidades administrativas que importem lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito⁴²³. Também foi prevista em tal ato normativo improbidade por rejeição de contas dos agentes públicos pelos Tribunais de Contas, no caso de irregularidade insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa⁴²⁴. Frise-se que, em ambos os casos, a inelegibilidade só se encontra presente no caso de ato praticado com dolo, sendo incogitável na hipótese de conduta culposa.

A previsão normativa acima aponta que a conduta culposa possui uma valoração jurídica diversa do comportamento marcado pelo dolo. Essa diferenciação de tratamento ficou mais evidenciada com a edição da medida provisória 966/2020, objeto específico do tópico seguinte.

3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E MEDIDA PROVISÓRIA 966/2020

Antes de se proceder ao foco na medida provisória 966/2020, afigura-se conveniente fazer cita à proposição legislativa voltada à modificação na lei de improbidade. O estudo de tal proposta se justifica em face de sua relevância. Cuida-se de trabalho decorrente de uma comissão de juristas, criada pelo Presidente da Câmara dos Deputados, tendo à frente o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Campbell Marques.

Mencionada na parte introdutória do presente estudo, a retirada da possibilidade de imputação subjetiva em improbidade na modalidade culposa é uma das grandes transformações propostas pelo projeto de lei 10.887/2018. Em assonância com o que consta na exposição de motivos respectiva⁴²⁵, não

423. Art. 1º, I, alínea l da Lei Complementar 64/90 (com redação determinada pela Lei Complementar 135/10): Art. 1º São inelegíveis: l - para qualquer cargo: os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

424. Art. 1º, I, alínea l da Lei Complementar 64/90 (com redação determinada pela Lei Complementar 135/10): Art. 1º São inelegíveis: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

425. Exposição de motivos está disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B82E1C7F1B0C2788EB8376236528F3B5.proposicoesWebEx

é considerado dogmaticamente adequado conceber, como ato *improbis*, a omissão, o erro ou o equívoco correspondente uma negligência, imprudência ou imperícia. Naturalmente, tais atos podem ser considerados ilícitos administrativos, sujeitos a outras medidas não correspondentes às graves sanções da improbidade.

Consta, ainda, no aludido documento, da lavra do Deputado Federal Roberto de Lucena, que os atos culposos desbordam da noção de improbidade. Não devem se submeter a simbologia de figuras jurídicas tão gravosa de instituto voltado ao combate à corrupção. Esta só deve ser atribuída exclusivamente somente a atos praticados com dolo, em que o autor demonstra tanto a consciência quanto a vontade de efetivar os elementos da figura típica.

Nessa questão tão delicada da imputação subjetiva de improbidade, a medida provisória 966/2020, relativa aos praticados contra a pandemia do coronavírus, adota uma posição intermediária em relação a punição de atos culposos.

A redação vigente da lei de improbidade, notadamente o seu artigo 10, admite a punição por improbidade por atos praticados por mera culpa. Nesse sentido, convém citar o *caput* do referido texto legal, *sic*: “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”. Parte da doutrina aplaude tal posicionamento. Nesse sentido, sustenta Fábio Medina Osório⁴²⁶ que há, inclusive, ilícitos culposos contra administração pública previstos diretamente do Código Penal, como, por exemplo, a figura do peculato culposo, contemplada no art. 312 de tal diploma.

A questão da imputação subjetiva em improbidade na modalidade culposa é tema assaz relevante, alterado na medida provisória 966/2020, que estabeleceu critérios qualificadores da culpa.

Com a edição da medida provisória 966/2020, foi estabelecida uma flexibilização da responsabilidade administrativa do agente em face de atos praticados ao combate à pandemia do coronavírus. Tal ato normativo dispôs que os agentes públicos, em tal hipótese, só podem ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro (art. 1º).

terno2?codteor=1687121&filename=PL+10887/2018.

426. OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 6 ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 388.

Tal temperamento de responsabilização administrativa justifica-se em face da possibilidade de existência de dúvidas na situação de fato em que o agente público deve atuar. Nesse sentido, estabelece o art. 3º do citado ato normativo, os aspectos que permitem a aferição do erro grosseiro. Assim, deve ser levado em conta, para a configuração de tal elemento subjetivo a complexidade da matéria, a incompletude de informações e o contexto de incerteza sobre quais seriam as medidas mais adequadas. Tais parâmetros visam conferir segurança jurídica ao administrador.

Conforme consta na exposição de motivos da aludida medida provisória⁴²⁷, a ideia chave consiste na assertiva de que o mero nexo de causalidade entre conduta e resultado danoso não pode implicar, necessariamente, em responsabilização do servidor público. Nesse caso, é mister que o ato tenha sido realizado com erro grosseiro ou dolo.

Referida medida provisória, como dito, foi objeto das ações diretas de inconstitucionalidade 6421, 6422, 6424, 6425, 6427⁴²⁸. Argumentava-se que a Constituição Federal, no seu art. 37, § 6º, no trato da responsabilização dos agentes públicos, não diferencia entre os tipos de culpa grave ou simples. Também alegam que a definição de erro grosseiro que consta na medida provisória é imprecisa e vaga, criando obstáculos para fiscalização e controle dos atos administrativos. Os autores sustentam que a medida provisória acabava ensejando o ambiente permissivo mesmo após a pandemia do coronavírus. Afirmam que restringir a responsabilidade apenas para os casos de erro grosseiro (culpa grave) ou dolo corresponderia a uma inconstitucionalidade, por incompatibilidade com o art. 37 do texto constitucional, que retrata o princípio de combate à impunidade.

Houve o julgamento da medida cautelar das referidas ações diretas de inconstitucionalidade (relatoria do Min. Roberto Barroso), em sessão realizada inteiramente por videoconferência. Em tal provimento jurisdicional não foi afastado o erro grosseiro como elemento identificador da culpa para caracterização da improbidade, como queriam os autores. A corte limitou-se a estabelecer critérios adequados para tanto.

Nesta esteira, a medida cautelar conferiu interpretação conforme a constituição ao art. 2º da medida provisória 9660/2020. Este julgamento estabeleceu

427. Exposição de motivos disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-966-20.pdf.

428. Ver detalhes em <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443451&ori=1>. As petições iniciais estão disponíveis em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5912207>.

que, para caracterização do erro grosseiro, devem ser levados em consideração o acatamento, pelas autoridades de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos adotados pelas entidades reconhecidas. Consta do texto da decisão judicial, ainda, a necessidade de observação dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

O ato normativo atacado pelas ações diretas de inconstitucionalidade remanesce válido, após o julgamento da medida cautelar. Continua produzindo os seus efeitos, tendo apenas recebido a técnica da interpretação conforme, nos termos acima alinhavados. Assim, no que tange ao erro grosseiro, na forma definida por tal ato normativo, seria o que corresponde a uma culpa grave, consistindo no grau acentuado de negligência imprudência ou imperícia. Tal assertiva decorre do teor do artigo 2º da referida medida provisória. Ou seja, há aí um padrão de definição de responsabilidade por comportamentos culposos, restringindo o alcance do poder punitivo na hipótese, servindo de baliza tanto para o Poder Judiciário quanto para os órgãos de controle administrativo.

Tendo em vista o disposto no art. 3º do indicado ato normativo, são apontados critérios para aferição desse erro grosseiro: dificuldades do agente público; complexidade da matéria ou das funções exercidas; incompletude de informações em situações de urgência ou emergência; circunstâncias práticas que influenciaram o comportamento do agente público; contexto de incerteza sobre as medidas adequadas.

Acresça-se que a recente legislação se afigura em sintonia com o disposto no art. 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, cujo teor merece citação literal: “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Tal norma sobre erro administrativo aponta para o entendimento de que o engano só enseja responsabilização em uma hipótese de culpa qualificada.

O artigo acima citado foi regulamentado pelo decreto 9.830/19, sendo que o art. 12 de tal ato do Executivo apresenta harmonia com a MP 966/2020, objeto de foco no presente estudo. Nos termos do *caput* de tal regra, o agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções. Reza o § 1º que se considera erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. Nos termos do § 2º, não será configurado dolo ou erro grosseiro do

agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro. Dispõe o § 3º que o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público. Consoante o § 4º, a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

Ainda fazendo alusão ao mesmo dispositivo infralegal acima mencionado, determina o § 5º que o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo. Consta no § 6º que a responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes. Preceitua o § 7º que, no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa *in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo. Em assonância com o § 8º, o disposto no mencionado artigo não exige o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

Tangenciando a questão da responsabilidade, o direito de regresso é previsto no art. 14 do referenciado decreto 9.830/19. Consoante os seus termos, no âmbito do Poder Executivo federal, tal direito, prevista no § 6º do art. 37, da Constituição somente se configura na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. NOVO CORONAVÍRUS E IMPUTAÇÃO SUBJETIVA CULPOSA NA IMPROBIDADE

O debate atual sobre improbidade ganha acentuada dimensão no quadro atual da sociedade brasileira, marcada pelo caráter complexo e pluralista. Perante tal ambiência, é muito comum que as opções realizadas pela autoridade pública, no exercício da função administrativa, sejam suscetíveis de contestações. O administrador pode vir a atuar em situações em que o próprio

legislador deixou espaços em branco, sendo questionável a assertiva de que este seria um mero aplicador da lei, que aplicaria a norma de ofício.

Tal circunstância já foi destacada pelo Min. Gilmar Mendes⁴²⁹ em voto lavrado no célebre julgamento correspondente à ADI 2.797⁴³⁰ (ocorrido em 15.9.2005, da relatoria Min. Sepúlveda Pertence). Em sua manifestação, o referido ministro sustenta que vivemos em uma sociedade caracterizada por ser extremamente complexa e pluralista, não qual é muito ampla a possibilidade de contestação as escolhas públicas.

Situação paradigmática acerca disso concerne às decisões do administrador público quanto às medidas sanitárias mais propícias ao combate à epidemia do coronavírus, matéria ainda envolta em incertezas e questionamentos.

Os dispositivos constitucionais citados no tópico anterior, notadamente o art. 37, § 4º da Constituição Federal, fazem referência às medidas punitivas estabelecidas pelo ordenamento jurídico contra o administrador público ímprobo. Para parcela significativa da doutrina, tais consectários jurídicos se enquadram na concepção de sanção administrativa. Leciona o já citado Fábio Osório Medina⁴³¹ que esta consiste em um castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, aplicados pela Administração Pública, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, como consectário de um comportamento antijurídico, previsto em tipo proibitivo, com finalidade repressora ou disciplinar.

Na concepção de direito administrativo sancionador defendida pelo autor acima citado, as penalidades podem ser aplicadas por autoridades judiciárias. Medina⁴³² entende que a sanção administrativa é definida pelo ramo jurídico ao qual pertence, não sendo identificada em razão da autoridade que a aplica. Registre-se que tal entendimento não é de aceitação unânime na doutrina. Fernando Gaspar Neisser⁴³³ entende que a natureza do órgão que aplica a reprimenda é fundamental para identificação do direito administrativo sancionador, de molde que a improbidade administrativa não estaria abrangida em tal seara jurídica.

429. Mendes, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional. São Paulo, Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). Edição do Kindle, posição 62989.

430. Nessa Adin, o STF, por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/ 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e a Presidente, Min. Ellen Gracie.

431. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 6 ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 105.

432. *Ibid*, p. 222.

433. NEISSER, op. cit. p. 121.

A simbologia da improbidade é marcada pela gravidade da antijuricidade que busca combater. Tal figura jurídica não se aplica a todos os casos em que ocorre uma ilegalidade administrativa, mas sim em hipóteses em que se justifica um repúdio maior do ordenamento jurídico. Ou seja, a improbidade corresponde à última *ratio* do direito administrativo sancionador.

Sempre é importante frisar que a simples propositura de uma ação de improbidade já tem o condão de produzir consequências significativas na situação jurídica de quem está sujeito a tal tipo de demanda, de caráter sancionador. No dizer de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁴³⁴, a noção de improbidade vincula-se à falta de honestidade e moralidade funcional, de modo que desqualifica o agente público perante o seu meio social e profissional. O mencionado jurista pondera que figurar no polo passivo da ação de improbidade administrativa enseja graves consequências negativas para o agente público, e, por tal motivo, a própria Lei n.º 8.429/1992 criou situações legais visando coibir a sua utilização temerária.

É claro que as fraudes e desonestidades no âmbito administrativo devem ser combatidas com o máximo rigor, com a incidência das penalidades previstas na Lei nº 8.429/92. Sucede que nem todas as hipóteses de descompasso entre a atuação funcional do servidor público e a legislação se enquadram no conceito constitucional de improbidade, voltado, insista-se, para aplicação de severas sanções. O manejo de ação de improbidade para faltas administrativas leves denota hipótese flagrante de desrespeito ao princípio da proporcionalidade, dando ensejo a juízo negativo de admissibilidade da petição inicial.

Cuida-se de afirmação que possui relevância como meio para evitar o abuso do manejo de tal ação, voltada à produção de efeitos tão gravosos à esfera jurídica do demandado. Infrações de menor gravidade devem ser combatidas através de outras medidas, como, por exemplo, ação popular, ação de anulação de ato jurídico ou, até mesmo, a autotutela administrativa. Existem várias medidas para proteção dos bens jurídicos administrativos, além das contempladas como instrumentos de combate à corrupção.

Trata-se de linha de entendimento que possui forte fundamento doutrinário. Os agentes públicos não têm dever de resultado, que se insere nos âmbitos do escrutínio das contas de contas e de controles internos⁴³⁵. Destarte, a aferição da falta de probidade possui aspecto subsidiário na proteção dos bens jurídicos.

434. MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição do Kindle, posição 7333.

435. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção*:

O *ethos* que decorre das premissas acima se harmoniza com a densificação do conceito de culpa para fins de configuração impropriedade prevista medida provisória 966/2020. Como já assentado anteriormente, só há, nos termos da indicada norma, impropriedade decorrente de culpa se esta for qualificada como erro grosseiro em caso de ação ou omissão relacionados à pandemia do coronavírus. Tal se justifica em face da incompletude de informações e dificuldades enfrentadas pelas autoridades administrativas.

Entende-se que a restrição da imputação culposa apenas para os casos de erro grave seria justificável não somente para os casos expressamente previstos na aludida medida provisória. É cabível a utilização de tal critério, por meio da analogia *legis*, em outras hipóteses. Esse entendimento é aplicável quando o administrador público se encontra em situações de urgência ou emergência, marcadas por dúvidas, insuficiência de dados disponíveis, incompletude de informações ou incerteza sobre as medidas mais adequadas a serem tomadas.

Além do recurso da analogia, como meio de colmatação de lacunas, o 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro justifica que a responsabilização por culpa, em impropriedade administrativa, seja restringida às hipóteses de mais graves de negligência, imprudência ou imperícia, como critério geral. Referida norma dispõe que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. A alusão à responsabilidade no mencionado dispositivo encontra-se de forma abrangente, abarcando a hipótese da impropriedade.

A restrição da culpa ao erro grosseiro se relaciona com a premissa de que administrar não corresponde a mera noção de aplicação mecânica da lei. Consiste, nas palavras de Gustavo Binimbojm e André Cyrino⁴³⁶, no exercício de funções proativas de prestação de serviços públicos, incluindo considerações complexas sobre como regular setores da economia. Em face da possibilidade de o gestor público ter o dever de tomar decisões difíceis em espaços em aberto previstos na própria lei, a configuração de responsabilidade deve se adequar a tal circunstância.

A limitação da responsabilidade culposa para o erro grosseiro harmoniza-se com um movimento de parte da doutrina administrativista voltada para a revisão do paradigma de que legalidade administrativa seria mera submissão

ineficiência. 4 ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 115 a 117.

436. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 27 jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>.

total do agir administrativo à vontade do legislador. Nessa senda, deixa de ser o administrador um autômato cumpridor da lei para ser um aplicador direto da Constituição⁴³⁷.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A configuração da responsabilidade culposa em improbidade como erro grosseiro para além das medidas de combate à pandemia do coronavírus representa a hipótese defendida no presente estudo. Esta tese afigura-se como medida jurídica que atende à necessidade de estabelecimento de critérios para a responsabilização do administrador público. Amolda-se a uma necessidade de segurança jurídica para o gestor público, em total harmonia com o ditame do art. 28 da LINDB e o art. 12 do decreto 9.830/19. Também se adequa à assertiva de que a lei não exaure toda a ação administrativa, deixando âmbitos para serem decididos pelo legislador.

O combate às fraudes e desonestidades é medida que se impõe como preservação ao direito de solidariedade de se exigir que a administração pública siga o diapasão da probidade. A própria eficiência da ação de improbidade, remédio jurídico com efeitos tão severos à esfera jurídica do demandado, exige que tal medida seja resguardada apenas nos casos de desonestidade e falta culposas efetivamente graves.

A improbidade é a última *ratio* do direito administrativo. A configuração adequada da abrangência da ação de improbidade é um dos parâmetros fundamentais na busca de uma sociedade justa, democrática e solidária. O acatamento a tal premissa constituiu a espinha dorsal do presente estudo, que visa contribuir no desenvolvimento dos estudos em tema tão sensível da dogmática do direito administrativo sancionador.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>>. Acesso em: 27 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.vo.2018.77655>.

437. BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 23 e 137.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em: 29 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v185.1991.44482>.

FONSECA, Soares da. **O princípio da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019;

KIM, Richard Pae; PORTO, Valéria do Vale. O conteúdo da moralidade na Lei de Improbidade Administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 125-166, mai. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32143/30938>>. Acesso em: 29 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32143>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). Edição do Kindle.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição do Kindle

NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva**. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6 ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 4 ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 32 e 33.

SHUENQUENER DE ARAÚJO, Valter. O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 135-160, abr. 2020. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/81387/77724>>. Acesso em: 27 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.8138>

DOLO PARA FINS DE INCRIMINAÇÃO EM APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA

FABIANO FERREIRA LOPES⁴³⁸

1. INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de prisão por apropriação indébita tributária no julgamento do RHC nº 163.334/SC, confirmando o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 399.109/SC.

O entendimento quanto à constitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei nº 8.137/90, ao reconhecer que a conduta dolosa pelo não recolhimento de valor referente ao ICMS, seja por parte do responsável ou por parte do contribuinte, inaugura discussão de quando é possível caracterizar o elemento subjetivo especial para fins de tipificação do crime de apropriação indébita tributária.

O presente artigo tem por objetivo geral analisar a dinâmica do ICMS em seu aspecto jurídico e negocial e identificar quando uma conduta pode ser considerada dolosa para fins de tipificação do sujeito passivo no crime de apropriação indébita tributária.

Pode-se classificar a pesquisa como aplicada, no que atine à sua natureza, uma vez que visa gerar conhecimento para aplicação à solução de um problema específico. No que atine ao objetivo, a pesquisa é explicativa, já que visa identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos. Por derradeiro, é classificada como qualitativa, por constatar a

438. Mestre em Administração e Controladoria pelo Programa de Pós-Graduação em Administração e Controladoria da Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade CEUMA. Especialista em Auditoria e Controladoria pela Universidade Gama Filho. Professor e Pesquisador-líder do Núcleo de Estudos sobre Orçamento, Finanças e Tributação da Universidade Federal do Maranhão. Advogado. Contador. E-mail: fabiano@fabianolopes.com. Endereço profissional: Av. Colares Moreira, Ed. Business Center, Sala 715, São Luís, MA, CEP 65.075-441.

relação dinâmica entre o mundo real e os sujeitos, por meio da interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados, conforme classificação de Edna Lúcia da Silva e Estera Muszkat Menezes⁴³⁹.

O artigo está estruturado em 3 (três) seções, sendo que, na primeira seção, busca-se apresentar considerações gerais sobre a dinâmica do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), em especial quanto ao momento da subsunção do fato à hipótese de incidência.

Na segunda seção, passa-se a analisar os conceitos que envolvem o reconhecimento e a liquidez da receita correlata à subsunção do fato à hipótese de incidência do ICMS, compreendendo o que venha a ser regime de competência e regime caixa, bem como, o seu impacto na dinâmica do imposto.

Por fim, passa-se à terceira seção, em que se analisa o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao enquadramento do crime de apropriação indébita tributária, em especial quanto à averiguação do aspecto doloso pela inadimplência tributária.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DINÂMICA DO ICMS

O ICMS, imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, tem suporte no inciso II do art. 155 da Constituição da República de 1988.

Roque Antonio Carrazza⁴⁴⁰ descreve que o ICMS alcança, pelo menos, 5 (cinco) tipo de transações, conforme se extrai de seu ensinamento:

A sigla ICMS alberga pelo menos cinco impostos diferentes; a saber: a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias) que, de algum modo, compreende o que nasce da entrada de mercadorias importadas do exterior; b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de comunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais.

439. SILVA, Edna Lúcia da. Menezes, Estera Muszkat. Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação. UFSC. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Florianópolis, 2001.

440. CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 30-31.

Para Paulo de Barros Carvalho⁴⁴¹, por sua vez, o aspecto material da hipótese de incidência pode ser entendido como “o comportamento de alguém (pessoa física ou jurídica), consistente num ser, num dar ou num fazer e obtido mediante processo de abstração da hipótese tributária, vale dizer, sem considerarmos os condicionantes de tempo e de lugar (critério temporal e espacial)”.

No caso da hipótese de incidência do ICMS mercantil, o qual gira o enfoque do presente artigo, torna-se pertinente a lição de Eliud Pinto da Costa⁴⁴² quanto às transações que refletem o aspecto material do imposto, a saber: venda, troca, dação em pagamento, importação.

Sendo assim, a venda mercantil é o negócio jurídico que gera a incidência do ICMS, com definição tratada na legislação civil⁴⁴³, como bem esclarece Eliud Pinto da Costa⁴⁴⁴ e que pode ser identificada em 3 (três) espécies, a saber:

- a. venda para entrega imediata, que consiste na transferência imediata da propriedade de um determinado bem na forma e condições estabelecidas entre comprador e vendedor, sendo que, o vendedor imediatamente se transforma em devedor do ICMS;
- b. venda para entrega futura, que ocorre quando o bem é entregue em momento posterior à formalização do negócio jurídico⁴⁴⁵ de compra e venda e que, por sua natureza, o ICMS torna-se devido após a transferência da propriedade, uma vez que, em termos tributários, observa-se uma condição suspensiva de seu implemento, nos termos do art. 117, II do Código Tributário Nacional (CTN); e
- c. venda à ordem, em que a dinâmica da transação é a entrega de mercadoria à terceiro que não aquele que a comprou originalmente, ou seja, é aquela em que o comprador dá autorização ao vendedor entregar a mercadoria por sua conta e ordem à terceiro, completamente alheio ao negócio. Nessa situação, a entrega da mercadoria dá-se a título de transação mercantil, situação em que ocorrem duas vendas, com respectivas incidências do imposto, ou, na modalidade de remessa distinta, para fins de industrialização ou prestação de serviços.

441. CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria da norma tributária. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. P.129-130.

442. COSTA, Eliud Pinto da. ICMS Mercantil. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 140-141.

443. Da Compra e Venda é regulado pelo Código Civil nos art. 481 ao 532.

444. COSTA, Eliud Pinto da. ICMS Mercantil. São Paulo: Quartier Latin, 2008. P. 142-149.

445. Art. 483 do Código Civil - A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

A Corte Constitucional do Brasil não entende diferente, uma vez que, com precedentes sólidos confirma as lições apresentadas pela doutrina, como demonstrar-se-á.

Por exemplo, no julgamento da ADI 4.565 MC⁴⁴⁶, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, o entendimento é de que:

o perfil constitucional do ICMS exige a ocorrência de operação de circulação de mercadorias (ou serviços) para que ocorra a incidência e, portanto, o tributo não pode ser cobrado sobre operações apenas porque elas têm por objeto “bens”, ou nas quais fique descaracterizada atividade mercantil-comercial.

Outros precedentes^{447 448 449} do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmam que somente a transferência da titularidade do bem pode gerar a incidência do ICMS, sendo que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, a incorporação de uma sociedade por outra, ou mesmo, em operações com arrendamento mercantil internacional que não sejam antecipação da opção de compra, não incidem ICMS.

Alinhado ao que a doutrina e jurisprudência entendem sobre a incidência do ICMS, Sérgio de Iudicibus⁴⁵⁰ esclarece quanto a dinâmica da incidência do tributo, como segue:

O ICMS é um imposto incidente sobre o valor agregado em cada etapa do processo de industrialização e comercialização da mercadoria ou produto, até chegar ao consumidor final. O valor do imposto a ser pago pelas empresas é representado pela diferença entre o imposto incidente nas vendas e o imposto pago na aquisição das mercadorias que integram o processo produtivo, ou para serem revendidas.

Considerando os efeitos da repercussão tributária⁴⁵¹, pode-se perceber que, por meio do confronto das notas fiscais eletrônicas⁴⁵² de entrada e saída de mercadorias/produtos, apura-se o valor do ICMS devido pelo pagador do

446. ADI 4.565 MC, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 7-4-2011, P, DJE de 27-6-2011.

447. RE 540.829, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 11-9-2014, P, DJE de 18-11-2014, Tema 297.

448. RE 596.983 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 12-5-2009, 2ª T, DJE de 29-5-2009.] AI 618.947 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 2-3-2010, 2ª T, DJE de 26-3-2010.

449. RE 208.932 ED-AgR, rel. min. Cezar Peluso, j. 17-3-2009, 1ª T, DJE de 17-4-2009.

450. INDUCIBUS, Sérgio de. et. al. Manual de Contabilidade Societária. São Paulo: Atlas, 2010. P. 490.

451. O fenômeno da repercussão tributária é constatado em tributos nos quais o Princípio Constitucional da Não Cumulatividade é nuclear.

452. Com advento da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, surge a base do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED). Com isso, por meio do Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, e do Ajuste do Sistema Nacional de Informações Econômicas e Fiscais (SINIEF) nº 07, de 30 de setembro de 2005, a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) no Brasil para fins de registro das operações de entrada e saída de mercadorias ou produtos.

imposto que terá seu valor destacado por obrigação tributária acessória designada pela legislação tributária para esse fim. Essa modalidade de apuração é reconhecida juridicamente como ICMS próprio.

Além do ICMS próprio, com advento da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, houve a inclusão do §7º ao art. 150 da Constituição da República de 1988, que instituiu o fato gerador presumido.

O fato gerador presumido consiste no reconhecimento da incidência do tributo antes de haver a efetiva subsunção do fato à hipótese de incidência, por meio de uma presunção que ao final da operação o consumidor final estará ao fim da cadeia negocial⁴⁵³. Essa dinâmica de apuração é conhecida por substituição tributária passiva e que enseja o ICMS por substituição.

Com isso, percebe-se que, para incidência do ICMS, o fato que sofre subsunção à hipótese de incidência pode ser um evento ou negócio jurídico que se aperfeiçoa no tempo, mas que, por determinação constitucional, pode-se identificar subsunção presumida do fato à hipótese.

Contudo, independentemente da apuração do tributo ocorrer de forma regular (ICMS próprio) ou por substituição tributária (ICMS por substituição), o imposto que é apresentado na nota fiscal como obrigação por parte do contribuinte não está condicionada ao efetivo recebimento do numerário pela venda do bem, mas, tão somente pela transferência da propriedade, haja vista que, o recebimento financeiro é parte autônoma da transação.

Na próxima seção, passa-se às considerações quanto a natureza econômica e financeira do evento tributável.

3. O RECONHECIMENTO E LIQUIDEZ DA RECEITA CORRELATA À SUBSUNÇÃO DO FATO À HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS

No Brasil, por determinação da legislação civil⁴⁵⁴, os empresários e sociedades empresárias são obrigados⁴⁵⁵ a seguir um sistema de contabilidade que evidencie com transparência e precisão as transações negociais realizadas.

453. Não será abordado no presente artigo a análise da hipótese de restituição ao pagador do imposto quando não ocorre a venda do bem ou produto ao final da cadeia negocial, haja vista o objetivo geral do presente artigo.

454. Nos arts. 1.179 a 1.195, o Código Civil Brasileiro define as regras gerais sobre escrituração das transações econômico-financeiras a serem observadas pelos empresários e sociedades empresárias. Sendo que, nos termos do art. 1.182 do Código Civil Brasileiro, a escrituração será de responsabilidade técnica de contabilista legalmente habilitado que deverá observar os Pronunciamentos Contábeis validados por meio de resoluções do Conselho Federal de Contabilidade, que são os instrumentos de uniformização da escrituração empresarial.

455. Importante esclarecer que, nos termos do §2º do art. 1.179 do Código Civil, o pequeno em-

Como o ICMS é um imposto que tem sua incidência aperfeiçoada pela consequente transferência da titularidade da propriedade do bem do vendedor para o comprador, o valor desta operação de saída do bem tem por contrapartida o surgimento de direito que pode ou não ser de liquidez imediata, uma vez que, nos termos do item 7 do Pronunciamento Conceitual Básico CPC 30, entende-se por receita:

O ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período proveniente das atividades normais de uma entidade que resultam no aumento do Patrimônio Líquido, porém não se relacionam ao aumento de capital promovido pelos acionistas.

A receita de uma transação é reconhecida pelo incidente econômico e não pela sua liquidação financeira, ou seja, reconhece-se o ingresso decorrente da transação independentemente de o correspondente numerário ter sido recebido, em respeito ao princípio da competência.

O princípio da competência consiste no reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, em respeito natural ao período em que ocorrer a sua geração, conforme esclarece Lourival Lopes da Silva⁴⁵⁶.

Importante verificar, também, o ensinamento de Sérgio de Iudicibus⁴⁵⁷ sobre o tema, como segue:

A Lei nº 6.404, em seu art. 187, itens I e II, estabelece que as empresas deverão, na Demonstração do Resultado do Exercício, discriminar “a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, dos abatimentos, e dos impostos” e “a receita líquida das vendas e serviços”.

Dessa forma, a contabilização das vendas deverá ser feita por seu valor bruto, inclusive impostos, sendo que tais impostos e as devoluções e abatimentos deverão ser registrados em contas devedoras específicas, as quais serão classificadas como contas redutoras das vendas.

Considerando que a dinâmica de reconhecimento das transações é pelo regime de competência que, conseqüentemente, acaba por sensibilizar documentos

presário não é obrigado a realizar escrituração das suas transações, sendo que, entende-se como pequeno empresário o empresário individual caracterizado como microempresa e que aufera receita bruta anual de até R\$81.000,00 (oitenta e um mil reais), nos termos do art. 68 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

456. SILVA, Lourival Lopes da. Contabilidade geral e tributária. 9.ed. São Paulo: IOB Folhamtic EBS-SAGE, 2015. P.34-35

457. INDUCIBUS, Sérgio de. et. al. Manual de Contabilidade Societária. São Paulo: Atlas, 2010. P. 485.

societários e fiscais para fins de registro e reconhecimento da incidência do ICMS devido, percebe-se que a obrigação tributária principal contraída pelo pagador de imposto não está necessariamente assegurada pelo numerário respectivo, uma vez que, o fluxo de recebimento decorrentes das transações são sensibilizados de forma autônoma, conforme os critérios negociais definidos pelas partes, a saber: a vista ou a prazo.

Dessa forma, percebe-se que o pagador de imposto, seja na forma de contribuinte ou substituto, apesar de ter a obrigação tributária principal reconhecida integralmente pelo regime de competência, a sua capacidade de pagamento decorrente da transação que deu origem ao tributo fica desamparada de suporte financeiro, caixa, até que o comprador venha a realizar a transferência do numerário correspondente à respectiva transação.

Por isso, constata-se a importância do correto assento na escrituração das transações empresariais para fins de prova quanto ao efetivo recebimento financeiro das operações que ensejam incidência do ICMS.

Sobre a importância e necessidade da correta validação entre as operações econômicas e financeiras que envolvem a incidência do ICMS e seus reflexos quanto a configuração do elemento subjetivo especial para fins de incriminação em apropriação indébita tributária do imposto, a próxima seção trará as pertinentes considerações.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONFIGURAÇÃO DO DOLO PARA FINS DE INCRIMINAÇÃO EM APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA.

Em julgamento do Habeas Corpus nº 399.109/SC, a 3ª Seção de julgamento do Superior Tribunal do Justiça (STJ) achou por bem uniformizar o entendimento entre as Turmas do STJ no que atine ao crime de apropriação indébita tributária previsto no inciso II do Art. 2º da Lei nº 8.137/1990.

Após o julgamento, houve a pacificação de que o sujeito passivo que age, conscientemente, na inadimplência do ICMS próprio ou devido por substituição tributária comete crime de apropriação indébita tributária, uma vez que, pelo entendimento dos Ministros do STJ, o ICMS próprio e o devido por substituição tributária sempre são suportados pelo consumidor final (contribuinte de fato), sendo o vendedor um mero arrecadador do imposto (contribuinte de direito) e que, por isso, o não repasse do tributo aos cofres públicos já é suficiente para a tipificação da conduta.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 163.334/SC, confirmou o entendimento do STJ, como segue:

DECISÃO: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Revogada a liminar anteriormente concedida. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 18.12.2019.

Percebe-se que é prescindível a existência de elemento subjetivo especial, dolo contumaz de apropriação do tributo, para que seja tipificada a conduta como lesiva ao art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990, ou seja, o contribuinte de direito precisa ter o *animus* de não recolher o tributo devido e que fora pago pelo contribuinte de fato.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto nos autos RHC 163.334/SC, apresentou considerações cirúrgicas para que a discussão sobre o tema pudesse evoluir, já que deixa explícito que a conduta dolosa está atrelada ao atingimento da riqueza que concerne à capacidade contributiva do consumidor. Senão, vejamos:

O que a conduta incrimina, portanto, no caso do ICMS, é essa ruptura, causada pelo contribuinte de direito, entre a atividade de tributação realizada pelo Fisco e o atingimento da riqueza concernente à capacidade contributiva do consumidor.

Nessas balizas, a conduta incriminada, a meu ver, supera a faceta do inadimplemento fiscal, porquanto se deixa de recolher aos cofres públicos valor, referente à capacidade contributiva de terceiro, destinado aos cofres estaduais ou distritais e que, segundo já decidiu este Plenário, não é pertencente ao contribuinte de direito.

Sendo assim, o que incrimina a conduta em apropriação indébita tributária é o não repasse intencional, por parte do contribuinte de direito, dos valores recebidos a título de tributo, seja ele classificado como próprio ou por substituição.

A maneira técnico-científica de identificar se houve a conduta dolosa pelo não pagamento do tributo é a averiguação pormenorizada da escrituração sob a ótica financeira e não apenas econômica.

Hugo de Brito Machado⁴⁵⁸ ensina que:

Em qualquer caso, se o contribuinte escritura, em sua contabilidade, os valores a serem pagos ao Tesouro, resta ausente o elemento subjetivo do tipo penal. O dolo é a ‘vontade livre e consciente de o sujeito se apropriar de coisa alheia móvel de que tem a posse ou detenção’. E com essa vontade, que é elementar na apropriação indébita, é inteiramente incompatível a escrituração contábil, como crédito do contribuinte, a crédito do Tesouro, das quantias correspondentes aos tributos a serem pagos.

O ilustre professor é certo ao discorrer que é por meio da escrituração das operações negociais que o reconhecimento integral da transação é o meio adequado para demonstração da boa-fé por parte do sujeito passivo para com o Fisco, seja por não se eximir da obrigação tributária ou, ainda, por atestar se o não pagamento do imposto foi ou não foi intencional para lesar o Fisco.

Com isso, pode-se inferir que a incidência do ICMS gera uma obrigação para o pagador do imposto independente do numerário correspondente ao tributo que decorre da transação, logo, a constatação quanto ao interesse do pagador de impostos em optar pelo inadimplemento do tributo, bem como, a sua reiterada inadimplência, não é possível de ser comprovada sem uma análise quanto do fluxo financeiro das transações que envolvem a incidência do ICMS, já que é a dinâmica de transferência dos recursos financeiros das transações que é possível atestar se a efetiva manifestação da capacidade contributiva do contribuinte de fato foi validada.

Em outras palavras, para que a instrução criminal comprove que a conduta do contribuinte de direito do ICMS seja tipificada como apropriação indébita tributária, o dolo do sujeito passivo tem que ser constatado pela análise acurada quanto à liquidez das receitas decorrentes das transações que geraram a incidência do imposto, uma vez que, não havendo os recebimentos financeiros correspondentes, não há de se falar em apropriação, uma vez que, para se apropriar de algo, necessita-se de prévio recebimento.

458. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 38ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

5. CONCLUSÕES

Conforme o STF e STJ, para ser configurada a apropriação indébita tributária é necessária a comprovação de que o contribuinte de direito do tributo agiu dolosamente para se apropriar da receita do ente tributante.

Em decorrência da aplicação do regime de competência para apuração da obrigação tributária principal do ICMS, a comprovação da conduta dolosa por parte do contribuinte de direito só é possível por meio de validação das transações realizadas, por meio da observância quanto ao recebimento das parcelas financeiras devidas pelo contribuinte de fato.

Quando há inadimplência do contribuinte de fato para o contribuinte de direito de parcelas referentes à transação que deram azo à incidência do tributo, não há como ser caracterizada a apropriação indébita tributária, haja vista que, não há como se apropriar daquilo que não foi recebido.

Como a existência de elemento subjetivo especial é prescindível para a tipicidade do crime de apropriação indébita tributária, cabe na instrução criminal demonstração de que o sujeito passivo da obrigação tributária agiu com dolo quando não recolheu o tributo. Sendo que, tal comprovação, só é possível por meio de acurada análise da escrituração e documentação societária e fiscal do contribuinte de direito para validar se as transações negociais tiveram seus efeitos econômicos liquidados financeiramente.

Não havendo liquidação financeira das transações negociais que refletem a efetiva manifestação da capacidade contributiva do contribuinte de fato, não há como ser configurada a apropriação indébita tributária por parte do contribuinte de direito, haja vista que para se apropriar de algo necessita-se de prévio recebimento do bem, no caso numerário, alheio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federal do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul 2020.

_____. Conselho Nacional de Política Fazendária. **Ajuste SINIEF 07/2005, de 30 de setembro de 2005**. Manaus, 2005. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/ajustes/2005/aj_007_05>. Acesso em: 15 jul 2020.

_____, Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007. Institui o Sistema Público de Escrituração Digital - Sped. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6022.htm>. Acessado em: 15 jul 2020.

_____, Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emco3.htm>. Acessado em: 15 jul 2020.

_____, Lei Complementar nº 123/2006, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 15 jul 2020.

_____, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 15 jul 2020.

_____, Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acessado em: 15 jul 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. STJ. Habeas Corpus nº 399.109-SC (2017/0106798-0), Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. 31 ago 2018. Disponível: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20399109>>. Acesso em: 14 jun 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 208.932/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. 17/03/2009, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587059>>. Acesso em: 14 jun 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 596.983-5/MS, Rel. Min. Eros Grau. 12/05/2009, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=594744>>. Acesso em: 14 jun 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.565/PI, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 27/06/2011, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7261072>>. Acesso em: 14 jun 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário n. 540.829/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. 11/09/2014, Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7261072>>. Acesso em: 14 jun 2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 163.334/SC, Rel. Min. Roberto Barroso. 12/12/2019, Disponível: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RHC163334.pdf>>. Acesso em: 14 jun 2020.

CARRAZZA, Roque Antonio. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da norma tributária**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. **Pronunciamento técnico CPC 30: Receitas**. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=61>>. Acesso em: 15 jul 2020.

COSTA, Eliud Pinto da. **ICMS Mercantil**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

INDUCIBUS, Sérgio de. et. al. **Manual de Contabilidade Societária**. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 38ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Edna Lúcia da. Menezes, Estera Muszkat. **Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação**. UFSC. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Florianópolis, 2001.

SILVA, Lourival Lopes da. **Contabilidade geral e tributária**. 9.ed. São Paulo: IOB Folhamtic EBS-SAGE, 2015.

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: CÓDIGOS DE CONDUTA E DECRETO 9.571/18 NO PARADIGMA DA FRATERNIDADE

LUCIANE CARDOSO BARZOTTO⁴⁵⁹

1. INTRODUÇÃO

No ambiente econômico globalizado, a assunção de um papel tutelar dos direitos humanos pelas grandes companhias⁴⁶⁰ indica uma transferência da responsabilidade social do Estado para a iniciativa privada. Isso se deve a dois fatores. De um lado, observa-se a perda da influência de governos e de organizações de trabalhadores locais no mercado globalizado. De outro, tem-se a pressão exercida pela opinião pública, as associações de consumidores, as organizações não-governamentais, os sindicatos sobre as grandes empresas multinacionais, exigindo maior responsabilidade quanto ao impacto social e ambiental de operações de empreendimentos transnacionais ou multinacionais de grande porte. A pressão crescente para que as companhias sejam responsáveis em aspectos não financeiros tem sido chamado de *triple bottom line*, referindo-se ao desempenho econômico, ambiental e social das grandes empresas. Os governos, estudam mecanismos de ação para monitorar os avanços nesta tríplice área de atuação das grandes empresas.⁴⁶¹ A responsabilidade das empresas transnacionais⁴⁶² para proteção de direitos humanos dos trabalhadores tem se manifestado concretamente na adoção de códigos

459. Juíza do Trabalho do TRT4; Professora do PPGD da UFRGS

460. Utilizaremos neste artigo indistintamente as denominações empresas transnacionais, e multinacionais cuja distinção não é relevante para ao tema dos códigos de conduta.

461. RATNER, Steven R. Corporations and human rights: a theory of legal responsibility. *Yale Law Journal*, p. 452-518. December, 2001

462. BAKER, Mark B. Tightening the Toothless Vise: Codes Of Conduct In The American Multinational Enterprise. *Wisconsin International Law Journal*: Madison. n.20, p. 89-141. Winter, 2001.

de conduta. A preocupação com a conduta das empresas multinacionais fez emergir documentos como o Código de Conduta das Nações Unidas para as empresas multinacionais, Guia da OCDE para empresas multinacionais e Declaração Tripartita de Princípios a respeito das Empresas Transnacionais e Política Social, da OIT, de 1977. Este documento de direitos humanos nas empresas foi reeditado em 2017 pela OIT para incorporar atualidades da globalização e por isso suscita novo interesse.

Inicia-se com uma abordagem geral dessas formas de atuação privada, etiquetas sociais e ISO social, para uma posterior compreensão conteúdo e significado dos códigos de conduta e sua dimensão fraternal-subsidiária no contexto dos direitos humanos empresariais, na linha do art. 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial no Decreto brasileiro n. 9.571 de 21 de novembro de 2018, que estabelece as “Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos” que orientam médias e grandes empresas. Neste Decreto se fala em códigos de conduta e direitos humanos, juntamente com outros instrumentos “fraternais” de observância dos Direitos Humanos.

2. CÓDIGOS DE CONDUTA NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

A teoria da responsabilidade das empresas quanto à proteção dos trabalhadores reflete um movimento de ampliação dos sujeitos responsáveis perante o direito internacional⁴⁶³. É um movimento que cresce na medida em que a fragilização do Estado-nação se acentua. A tomada de consciência do poder das grandes transnacionais leva ao reconhecimento de sua responsabilidade pelo respeito aos direitos humanos, ainda que de uma forma secundária, em relação aos Estados⁴⁶⁴.

Códigos de conduta privados com conteúdos sociais, etiquetas sociais e o chamado ISO social são as soluções encontradas no espaço privado para

463. Julgamento em setembro de 2002, contra companhias de petróleo americanas UNOCAL Corporation e TOTAL S.A as responsabilizando subsidiariamente com o governo de Myanmar, por uso de trabalhos forçados, assassinatos e torturas, durante a construção de infraestrutura petrolífera naquele país. Síntese-se que a decisão baseou-se na lei americana que prevê a responsabilidade internacional de companhias estrangeiras, o *ATCA – Alien Tort Claims Act*. No caso, embora as torturas não tenham sido praticadas pelas empresas e sim pelo governo de Myanmar, a responsabilidade destas decorreu do fato de saberem do uso de tortura, sendo, portanto, consideradas coniventes. <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb273/myanmar.htm>

464. HONG, Jane C. Enforcement of Corporate Codes of Conduct: Finding A Private Right of Action for International Laborers Against MNCs For Labor Rights Violations. *Wisconsin International Law Journal*. Madison: n.19, p.41-63. Fall, 2000.

inclusão nas relações privadas do debate das cláusulas sociais relativas a direitos humanos básicos dos trabalhadores, pelos próprios atores do mercado, num contexto de responsabilidade social. Representam, de certa forma, espécies de mecanismos de autopromoção e estratégias de *marketing*, inventadas pelas empresas, de modo geral, pelas transnacionais, que se proclamam seguidoras de normas protetivas dos trabalhadores, mediante o cumprimento de certos padrões laborais mínimos, ainda que de modo unilateral e voluntário. A evidente privatização do tema das cláusulas sociais é resposta à indefinição e reticência ao tratamento do tema na esfera das organizações internacionais.

Ao lado do ISO social, em alguns setores fala-se em selos distintivos de boas práticas. Selos são usados para atrair os consumidores para produtos que foram produzidos observando “*standards*” mínimos de respeito às condições de trabalho dos trabalhadores envolvidos na produção. Estes selos foram encontrados em tapetes no Paquistão e Índia, para garantir que não foi utilizada mão-de-obra infantil e em flores da Colômbia e Equador, no sentido de revelar que a plantação obedeceu regulamentos de segurança. Muitas iniciativas de selos, ou etiquetas sociais tem partido de ONGs, em casos citados, da Alemanha.⁴⁶⁵ A OIT, em 1997, promove, ao lado da iniciativa privada, o programa de “etiqueta social”. O diretor geral da OIT, Michel Hansenne, propôs a “etiqueta social” para os produtos dos países do terceiro mundo que observam as normas laborais básicas, com a criação de um mecanismo internacional de supervisão, com a adesão voluntária do país ao sistema, a fim de não violar a carta da OIT e as normas da OMC. O projeto teria força na medida em que os grupos de consumidores e das empresas de produção e distribuição boicotassem os artigos que não tivessem as etiquetas.⁴⁶⁶ Pretendia-se permitir e promover a adoção de códigos de conduta para produtores, e de etiquetas que garantissem as condições de fabricação dos artigos de consumo.

O reforço positivo pensado pela OIT consistiria de, ao invés de punir o país descumpridor das normas laborais mínimas, premiar os que as cumprem, ao modo dos programas de qualidade total. Nos programas de qualidade total⁴⁶⁷ há uma coerção estrutural para que se atinjam metas de maximização da produtividade, cujo resultado, ainda que não jurídico, mas econômico, é uma sanção premial no âmbito privado. Sob influência da concepção de premiar empresas nas quais são cumpridos os padrões mínimos trabalhistas, no plano

465. LIEMT, Gijsbert Van. *Idem. ibidem.* p. 101.

466. Retirado da Internet <http://www.revistadelsur.org.uy/> em julho de 2017.

467. VIGORITA, Luciano (org.) et al. *Qualità totale e diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1997.

privado, fala-se em ISO social. Como muitas companhias buscam certificação de qualidade dos produtos (ISO 9000) e certificação de performance íntegra no respeito aos padrões ambientais (ISO 14 000), surge a certificação de responsabilidade social, a SA8000 “*social accountability*” ou RS 8000⁴⁶⁸. A principal função deste novo ISO, lançado em outubro de 1997, é a declaração de que a empresa que o possui cumpre os padrões trabalhistas básicos, fixados pela OIT, quando relaciona os direitos fundamentais do trabalhador. Os selos ou etiquetas sociais e o ISO social se relacionam estritamente aos códigos de conduta, porque representam uma avaliação externa das condutas que a empresa visa implementar pelos códigos. Ou seja, selos sociais e ISO social podem ser utilizados como mecanismos de monitoramento dos códigos de conduta. Expressam, portanto, um padrão de excelência e da efetividade do código de conduta. Outro modo de situar estes mecanismos é explicar que, ao lado dos códigos de conduta, atuam no sentido de revelar a seriedade e responsabilidade do empreendimento.

3. CÓDIGOS DE CONDUTA: CONCEITO, HISTÓRICO E TIPOS

Por decisão unilateral de empresas, ou por acordo entre várias empresas, surgem os chamados códigos de conduta.

Por códigos de conduta⁴⁶⁹ compreende-se um documento empresarial que traduz uma política da empresa referente a condições de trabalho e princípios éticos de atuação da empresa. O documento possui publicidade e tais condições de trabalho podem ser impostas aos fornecedores, intermediários e mesmo consumidores. Os códigos de conduta são endereçados a empresas vinculadas comercialmente mediante circulares, ou cartas sendo unilaterais ou negociados.

Dentro de métodos atuais de organização de produção, todos os degraus hierárquicos de subcontratação devem seguir padrões éticos de equidade no tratamento da questão social. Isso deve-se à ascensão do compliance laboral, ou seja tendência empresarial de observância da lei e dos direitos humanos no trabalho.

Códigos de conduta privado, neste contexto, são declarações de empresas que tornam expressos os compromissos desta a respeito com a fabricação de

468. http://www.citinv.it/associazioni/CNMS/a..one_SA8000.html

469. BABACE, Héctor. Cláusulas Sociales. In: *Derecho Laboral* - revista de doutrina, jurisprudência e informaciones sociales. Montevideo: abril- junho 2000, p.291-333.

certo produto, nos parâmetros de responsabilidade social, ou seja, com ações economicamente produtivas, que respeitem o meio ambiente e os aspectos sociais (trabalhistas) na quais se inserem. Também são documentos que disciplinam condições de produção dos fornecedores e subcontratantes de determinada empresa multinacional. São instrumentos de gestão das grandes empresas e um modo da empresa apresentar-se aos consumidores, aos Estados nacionais e aos consumidores como entes responsáveis capazes de realizar escolhas éticas e não somente vantajosas do ponto de vista econômico.

Na sociedade globalizada, a adoção de normas internacionais do trabalho tornou-se interessante para as empresas porque há um evidente aspecto publicitário para a opinião pública, que pode associar a imagem da empresa à ideia de prosperidade ao atuar de forma responsável juntamente com a sociedade. Na verdade, as empresas transnacionais buscam a competição no mercado e os resultados políticos de se proclamarem defensoras das normas internacionais do trabalho são importantes. Além do motivo ideológico para que as empresas se preocupem com normas internacionais do trabalho, a motivação fática e jurídica está em estabelecer as bases da responsabilidade que irão assumir quanto a certas exigências do mundo do trabalho. Ou seja, as empresas preocupam-se em seguir as próprias regras, através dos códigos de conduta, para evitar que certas relações trabalhistas sejam regulamentadas de forma mais dura pelo mercado ou pelas leis governamentais dos países que as hospedam. O cumprimento de normas laborais pela empresa, com a devida propaganda desta atitude, significa, em muitos casos, limitar gastos com indenizações futuras. Somado ao argumento anterior, as promessas constantes dos códigos de conduta tornaram-se uma parte importante da questão maior da responsabilidade das empresas transnacionais, em fase de globalização da economia, visto que respondem por um terço do comércio do mundo. Os códigos de conduta podem ser igualmente consistentes no auxílio da promoção de padrões internacionais válidos de comportamentos responsáveis⁴⁷⁰, promoverem acordos salariais com sindicatos transnacionais, com

470. Para promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas a União Europeia criou um livro verde que lançou um amplo debate sobre o modo como a União Europeia poderá promover a responsabilidade social das empresas no plano tanto europeu como internacional, nomeadamente, sobre a melhor forma de explorar as experiências existentes, fomentar o desenvolvimento de práticas inovadoras, melhorar a transparência e reforçar a fiabilidade da avaliação e da validação das diversas iniciativas promovidas na Europa. http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-dial/csr/greenpaper.htm. É interessante que se analise que também a Comunidade Europeia pretende através de parecer do Comitê Econômico e Social - CES 1174/2000 FR-CF/fv/dm/fv, datado de 19 de outubro de 2000 promover a “Simplificação da Legislação do Mercado Único”, documento que, aliás, menciona a elaboração de códigos de conduta. No sentido da

maior poder de barganha, terminar algumas das piores formas de exploração e abuso e contribuir na construção de um sistema de justiça social internacional nas relações industriais. Em princípio, se as iniciativas de códigos de conduta promoverem o comportamento saudável das grandes companhias, no mesmo espírito das leis locais, complementando esforços públicos de regulação e políticas que estejam faltando para desenvolver a sociedade local, colaboram e trazem novo o espírito de cooperação, necessário para a proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, já nos anos 70, existiam códigos de conduta mais destinados e esmiuçar aspectos produtivos de certos bens. Em 1990,⁴⁷¹ companhias se aprimoraram no “marketing” e começaram a fabricar bens de marca produzidos internacionalmente. Para dar suporte às práticas significativas para a empresa e para que estas práticas fossem aplicadas aos seus subcontratantes, começaram a formular e adotar códigos de conduta, que, diferentemente dos primeiros, agora se destinam não somente ao interior do sistema produtivo, como ao exterior da empresa, atingindo consumidores e fornecedores. Os códigos de conduta das empresas transnacionais se voltam para os trabalhadores e contemplam, normalmente, direitos já consagrados pela OIT no plano internacional.⁴⁷²

Os códigos formulados a partir dos anos 90, apresentam características⁴⁷³ comuns. Primeiramente, servem para ser adotados por companhias individuais que, produzem regras independentes, ignorando os padrões estabelecidos (nacionais e internacionais), a fim de criarem as próprias normas. Isso significa um movimento de mão dupla, com a privatização das normas internacionais do trabalho ou a publicização de condutas privadas, na medida em que as

adoção de códigos de conduta, também a OIT os tem adotado, como por exemplo o recente Código de Práticas sobre a AIDS (Na ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work- International Labour Office: Geneva: June, 2001) entre outros. Isso sinaliza o movimento de publicização dos códigos de conduta, que estão sendo adotados na esfera internacional.

471. MURRAY, Jill. Corporate Codes of Conduct and Labour Standards. In KILOF, Robert (edit). *Mastering challenge of globalization: Towards a trade union agenda*. Geneva: ILO, 1997. p. 47-115. www.codesofconduct.org

472. Voluntary codes of conduct – written expressions of commitment to a given standard of business conduct – have continued to grow in number. For example, in the US, most Fortune 500 companies have adopted codes of conduct or internal guidelines, dealing with a variety of matters, including core labour standards. In the UK, over 60% of the top 500 companies have similar codes; a decade ago, the figure was only 18%. The social partners from the textiles and clothing, footwear and commerce sectors in the EU have negotiated codes of conduct based on core labour standards. www.oecd.org/T

473. JUSTICE, Dwight W. *The new codes of conduct and the social partners*. [http://www. icftu. org](http://www.icftu.org). Acesso em agosto/2002

empresas impõem uma alteração dos modos de produção local, que, indiretamente podem induzir alterações legislativas no âmbito local. Embora não discutam a soberania de governos, os códigos de conduta são elaborados à margem dos Estados e sem a participação dos governos locais. Ao contrário de serem levadas em conta as práticas baseadas na lei nacional, os novos códigos não pretendem considerar as condições de trabalho do local da produção, mas impõem um padrão universal.⁴⁷⁴

Consideram-se os destinatários dos códigos os trabalhadores em sentido amplo, independentemente de serem ou não estes os empregados da companhia que adota o código. Os códigos de conduta se dirigem às práticas dos fornecedores da companhia e subcontratantes. Ao serem nominados de iniciativas voluntárias privadas, requerem um compromisso positivo por uma companhia subcontratante antes que sejam aplicados, ou seja, o fornecedor deve concordar com o código que lhe é imposto. Isto está em contraste com instrumentos das Diretrizes de OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que se aplicam a todos os empreendimentos multinacionais.

Segundo Justice,⁴⁷⁵ os sindicatos pressionaram as empresas transnacionais, no sentido de adotarem códigos de conduta. Estas pressões, aliadas à adicional necessidade de algumas empresas promoverem uma imagem mais positiva, deram origem à elaboração dos códigos de conduta. Algumas companhias que adotam os códigos de conduta estão respondendo à opinião pública, para apagar a publicidade gerada por relatórios de condições de funcionamento perigosas, horas de trabalho desumanas, fome, brutalidade e o uso difundido de crianças trabalhadoras envolvidas na produção de vestimentas, calçados, brinquedos e outros trabalhos intensivos, como também na produção de muitos produtos agrícolas.⁴⁷⁶ Verifica-se que a origem dos códigos de conduta está especialmente ligada às denúncias de que as empresas utilizavam mão-de-obra infantil no seu setor produtivo. Os códigos de conduta são uma resposta das empresas multinacionais que foram duramente criticadas por países em via de desenvolvimento⁴⁷⁷ por não promoverem os trabalhadores e

474. MURRAY, Jill. Corporate Codes of Conduct and Labour Standards. In: KILOF, Robert (edit). *Mastering challenge of globalization: Towards a trade union agenda*. Geneva: ILO, www.code-sofconduct.org

475. JUSTICE, Dwight W. idem.

476. DILLER, Janelle. *Corporate Codes of Conduct: Profit, Power and Law in the Global Economy*. Geneva: International Labour Office, 2014. Outras recentes violações que foram superadas por instrumentos que envolvem código de conduta está o caso das empresas textéis em Bangladesh, depois de acidente que matou mais de 100 trabalhadores, como se vê em <https://bangladeshaccord.org/>

477. LIEMT, Gijsbert Van. Production Conditions and International trade: Protection or protec-

o ambiente do local em que se inseriam. Para a OIT, as empresas gozam de plena liberdade para dispor a respeito de códigos de conduta.⁴⁷⁸ Nesse sentido, há, inclusive, tentativas de negociação coletiva de códigos de conduta de empresas transnacionais.⁴⁷⁹

Em síntese, os códigos de condutas privados, que surgiram nos anos 1970, tomaram força nos anos 1990, no ano 2000 se transformam em códigos de conduta públicos, por força do Tratado de Mérida que impulsiona, no art. 8º que os Estados⁴⁸⁰ criem os códigos de conduta a fim de nortear comportamentos entre a administração pública e seus servidores e os particulares. As empresas se autoerigiram em “guardiães” anticorrupção através dos códigos de condutas privados, ao lado de ONGs e sindicatos. Neste cenário, surgiram ainda os códigos de conduta coletivos mediante a necessidade de regulação conjunta de determinados setores. São exemplos deles: o Global Network Initiative⁴⁸¹, en-

tionism? In: *The international Social Issue: Social Dumping and Social Competition in the Global Economy*. Ludo Cuyvers, Bart Kerremans Eds, 1998, p.99-100.

478. OIT: *Oficina Internacional de empleadores*. Códigos de Conduta. Posicion de la Organización Internacional de Empleadores. Ginebra, 1999.

479. A Companhia Nestlé pretende realizar um código de conduta para todas suas filiais negociando-o com os sindicatos de empregados. O detalhamento do código pode ser visto na obra de José Marcos- Sanches. OIT - Oficina Internacional do Trabalho. MARCOS-SANCHES, José: *Negociación colectiva y código de conducta: diagnóstico e propuestas para los sindicatos de Nestlé en América latina*, 2000.

480. https://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UN-CAC_Port.pdf. Acesso em 6/09/18. Códigos de conduta para funcionários públicos 1. Com o objetivo de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, promoverá, entre outras coisas, a integridade, a honestidade e a responsabilidade entre seus funcionários públicos. 2. Em particular, cada Estado Parte procurará aplicar, em seus próprios ordenamentos institucionais e jurídicos, códigos ou normas de conduta para o correto, honroso e devido cumprimento das funções públicas. 3. Com vistas a aplicar as disposições do presente Artigo, cada Estado quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, tomará nota das iniciativas pertinentes das organizações regionais, interregionais e multilaterais, tais como o Código Internacional de Conduta para os titulares de cargos públicos, que figura no anexo da resolução 51/59 da Assembléia Geral de 12 de dezembro de 1996. 4. Cada Estado Parte também considerará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a possibilidade de estabelecer medidas e sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento deles no exercício de suas funções. 5. Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos. 6. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, medidas disciplinares ou de outra índole contra todo funcionário público que transgrida os códigos ou normas estabelecidos em conformidade com o presente Artigo.

481. <https://globalnetworkinitiative.org/participants/> Acesso em 6/09/2018.

volvendo Google, Microsoft, Yahoo; o Grupo Heist (Bélgica), códigos de ONGs e sindicatos (Clean Clothes Campaign - CCC).

Outro tipo de código de conduta são os que envolvem diversos países como as orientações do GRECO - Grupo de Estados contra a Corrupção do Conselho da Europa, que controla a atitude dos seus membros mediante relatórios aprovados pelo Comitê de Ministros em Estrasburgo. Ideias inusitadas de combate a corrupção surgem de todos os lados. Um exemplo interessante é o governo da Colômbia, o qual depois de ficar no 94º lugar no ranking da Transparência Internacional, em 2018 anunciou que, entre outras medidas para combater a corrupção, passará a submeter os funcionários públicos a um detector de mentiras, o polígrafo⁴⁸². Isso mostra o poder indireto constante nestes relatórios, e o controle e empoderamento dos pares estatais numa sociedade internacional complexa, sujeita a uma *lex mercatoria* que unifica indicadores e padrões comportamentais.

O que se observa é que há uma inflexão pós-moderna na criação legislativa e na atuação dos atores internacionais quando se trata de corrupção. Verifica-se uma estatização de condutas as quais antes seriam reguladas pelo setor privado e uma privatização de condutas públicas.

As questões anticorrupção possuem um núcleo duro de obrigatoriedade, mas se expressam em versão leve de *soft law*, mediante os códigos de conduta. A legislação anticorrupção não está mais delimitada nos âmbitos estritos de atuação dual da *soft-law* contra *hard-law*, mas se apresentam como formas universais de condutas. A partir das inúmeras condutas corruptivas, uma abordagem global de integridade torna-se exigível⁴⁸³. Programas de integridade são, portanto, considerados elementos essenciais das boas práticas negociais, em nível global, implementados pelo tanto regulamento empresarial, como o código de conduta, quanto pela lei nacional, quanto os princípios do Tratado de Mérida, por exemplo, tratado anticorrupção que engloba os direitos humanos laborais.

4. CONTEÚDO DOS CÓDIGOS DE CONDUTA E SUA CRÍTICA

Embora baseados em normas da OIT, examina-se uma seletividade evidente quanto ao conteúdo dos códigos de conduta: na maioria dos casos não são abordados temas como liberdade sindical, sendo que outros argumentos, como igualdade de remuneração e trabalho infantil são cláusulas recorrentes. Para

482. <http://thegreenestpost.com/colombia-vai-submeter-funcionarios-publicos-a-detector-de-mentiras-para-combater-corrupcao/>

483. <https://www.transparency.org/glossary>

Cleveland,⁴⁸⁴ muitas das violações de direitos humanos básicas cometidas ao redor do mundo são relativas ao trabalho e tem-se como mira líderes sindicais que, frequentemente, são as vítimas de execução sumária, tortura e detenção arbitrária, motivo pelo qual deveriam existir monitoramento maior quanto a estes fatos, por parte da sociedade como um todo. Os códigos de conduta, portanto, indicam a contradição entre duas hipóteses: a da cooperação entre as empresas transnacionais e a OIT, por um lado, e, por outro lado, a hipótese de competição das transnacionais com as normas emanadas da OIT, num sentido negativo.

Num sentido positivo, a cooperação entre a OIT e as empresas transnacionais representaria uma melhora geral nas relações de trabalho. Num sentido negativo, a competição entre OIT e transnacionais relativizaria direitos e garantias, no momento em que as empresas transnacionais emanassem normas menos obrigatórias e cogentes: ou seja, as empresas poderiam promover algumas normas internacionais que lhes convém, deixando outras de lado, ou, mesmo, descumprindo algumas outras. Obviamente, as normas cumpridas seriam publicamente divulgadas, enquanto as demais, ocultadas ou, no mínimo, não difundidas. Embora existam estas dificuldades, para a OIT, os códigos de conduta são capazes de auxiliar na implementação dos direitos humanos fundamentais do trabalhador, que já estavam presentes em outros instrumentos de direitos humanos.

Entre as críticas feitas aos códigos de conduta, enfatiza-se que há uma tendência de privatizar as normas do trabalho. A partir da privatização, o passo seguinte pode ser a flexibilização de padrões estatais de proteção ou, ainda, a dispensa dos mesmos, via desregulamentação, em última análise. O retrocesso na proteção social dos trabalhadores é um efeito possível dos códigos de conduta. Do ponto de vista dos empregados, os códigos de conduta foram vistos como fórmulas usadas pela empresa para reconstruir a sua imagem e não como uma possibilidade de melhorar as condições de trabalho, ou avançar na prática e concretização de direitos humanos dos trabalhadores.

A questão sobre a qual os empregados destas multinacionais se perguntam é porque declarar que “lutaremos contra o trabalho infantil” quando a empresa, ao adotar esta bandeira, efetivamente não tinha histórico de contratação de crianças. Ou seja, muitas vezes os códigos de conduta são fantasiosos, como convém à ideia de propaganda, desligando-se dos reais problemas locais dos

484. CLEVELAND, Sarah H. *Global Labor Rights and the Alien Tort Claims Act*. *Texas Law Review*. Austin. V. 76, P. 1533-1579, May, 1998.

empregados de determinada empresa. Do ponto de vista competitivo é interessante para as companhias que preparem metas e comparem desempenhos a partir dos códigos de conduta. Do ponto de vista da relação de emprego, tais códigos sofisticam a relação de emprego direta e ampliam a responsabilidade dos trabalhadores indiretos, que subcontratam e são subcontratados pelos fornecedores. Conforme Perulli,⁴⁸⁵ os códigos de conduta unilaterais, do ponto de vista estritamente jurídico, apenas obrigariam o empregador com relação a seus empregados diretos, a exemplo de regulamentos da empresa. Ou seja, possuem a natureza jurídica de regulamento empresarial e, em outras palavras, representam tão-somente uma manifestação do poder hierárquico do empregador. A vantagem de provirem da vontade unilateral do empregador deve ser compensada por uma interpretação vantajosa ao empregado. Assim, toda a ambiguidade dos textos dos códigos de conduta deve ser interpretada a favor dos empregados, seguindo-se o princípio da aplicabilidade da norma mais favorável, cujo alcance pode ser definido como a possibilidade de, diante de várias fontes legais formais, aplicar-se a que mais favoreça os trabalhadores.⁴⁸⁶

5. O DECRETO BRASILEIRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS

Práticas que surgem de um certo sistema cultural correm o risco de serem desprezadas pelos códigos de conduta. Isso acarreta uma relativização da soberania dos governos locais e um enfraquecimento de padrões culturais locais. No campo político, ao lado de se contemplar pressão sobre os governos para que cumpram sua função social distributiva, verifica-se uma outra tendência de ingerência em questões locais.

Por receberem a atenção do público e da mídia, alguns setores, como têxtil, vestuário, calçado, alimentação e agricultura são mais observados pelas ONGs que exercem excelente papel de monitoramento dos códigos de conduta, trazendo mais transparência aos reais objetivos pretendidos por estes. Algumas ONGs que trabalham com erradicação de trabalho infantil entendem que a responsabilidade das empresas deveria ir além de um combate formal ao uso de crianças como empregadas. Pretendem que as empresas verifiquem onde residem estas crianças que trabalham e se foram recrutadas forçadamente. Após isso, a responsabilidade das empresas que adotam código de conduta,

485. PERULLI, Adalberto. *Diritto del lavoro e Globalizzazione: clause sociali, codici di condotta e commercio internazionale*. Padova: CEDAM, 2019, p.304.

486. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 123.

segundo as ONGs, deveria garantir a saída das crianças do mercado e trabalho com a fiscalização sobre o efetivo término do trabalho e participação habitual em atividades educacionais. Por fim, segundo certas ONGs, as empresas deveriam assegurar que as famílias tenham condições de dar suporte à educação dessas crianças. Em síntese, por vezes, as exigências das ONGs vão no sentido de ampliação das responsabilidades sociais da empresa, em pontos que estas não obrigariam voluntariamente e, muitas vezes, não pretenderiam atuar. Por outro lado, em contraste com as disputas entre empregados e empregadores, as ONGs trazem outra dimensão ao debate da responsabilidade social, aumentando o controle recíproco das ações de cada grupo e evitando que o código se torne um espaço de negociação coletiva típico da esfera sindical.

Do ponto de vista dos consumidores, compreende-se que há certa confusão, sobretudo porque não há confiabilidade na propaganda que representam os códigos de conduta. A noção de consumidor evoluiu para abarcar uma maior parcela da sociedade civil, e não apenas a pessoa que compra ou usa determinado produto. Consumidores são todas as pessoas que buscam informação sobre o produto, que estão envolvidas pela propaganda decorrente do consumo e da concorrência do produto no mercado. Assim, os consumidores estão cada vez mais conscientes e organizados diante da necessidade da responsabilidade social das empresas. Quanto à OIT, a adoção de códigos de conduta por empresas multinacionais testa os limites do tripartismo. Ao lado de empresas, empregadores e governos, soma-se um quarto membro: as empresas transnacionais, estas com regras próprias, com tratamento diferenciado e hegemônico frente aos demais agentes.

Por fim, outro problema é que os códigos de conduta avançam sem um necessário comprometimento em relação aos fins almejados e com um fraco sistema de monitoramento. Mesmo para maioria dos códigos mistos ou híbridos (formulados com ONGs, sindicatos, participação dos consumidores e da sociedade civil) e que prevêem algum tipo de fiscalização externa e sistema de certificação, este controle não é plenamente confiável do ponto de vista dos consumidores e, especialmente, dos trabalhadores.

No entanto, a situação da ausência de monitoramento está cada vez em maior descrédito por conta dos instrumentos de compliance, os quais monitoram o cumprimento dos direitos humanos por parte das empresas. Inclusive em diversos órgãos públicos para que as empresas vençam licitações devem

demonstrar sua conformidade com padrões de direitos humanos efetivamente implementados.

Neste sentido no Brasil, adotou-se no Decreto 9.571/18 a possibilidade de que a empresa que cumpre direitos humanos receba um selo social, uma espécie de sanção premial, o que mostra o comprometimento deste ator econômico, desta empresa pela conduta ética e fraterna em direção à dimensão social, comunitária e econômica de sua atuação. No Brasil os direitos humanos enunciados pelo Decreto Brasileiro de empresa e direitos humanos no que dizem respeito aos aspectos trabalhistas referem a necessidade de práticas de trabalho digno ou decente, ou seja, devem revelar ações contra exploração infantil e trabalho escravo, contra discriminação de qualquer natureza, a favor da liberdade (individual e coletiva) e da seguridade da saúde dos trabalhadores no ambiente do trabalho, o que se torna fundamental em época de pandemia que vivemos.

Em síntese o Decreto de Direitos humanos e empresas pretende que no Brasil as empresas adotem diretrizes de direitos humanos, sendo certificadas mediante selos.

A matéria ainda está na linha da voluntariedade, mas a presença da lei estatal dá um reforço de hard law para a garantia de direitos humanos no trabalho.

Cabe às empresas garantirem:

- a.** condições decentes de trabalho, por meio de ambiente produtivo;
- b.** combater a discriminação nas relações de trabalho e promover a valorização e o respeito da diversidade em suas áreas e hierarquias;
- c.** identificar os riscos de impacto e a violação a direitos humanos no contexto de suas operações, com a adoção de ações de prevenção e de controle adequadas e efetivas;
- d.** estabelecer mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação que permitam identificar os riscos e os impactos e reparar as violações.

No art. 6º e 7 do Decreto n. 9.571/18 são previstas as seguintes responsabilidades para as empresas:

- não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento;

- garantir condições decentes de trabalho, por meio de ambiente produtivo, com remuneração adequada, em condições de liberdade, equidade e segurança.

Do ponto de vista governamental, é previsto que compete à administração pública incentivar que as empresas estabeleçam ou participem de mecanismos de denúncia e reparação efetivos e eficazes, que permitam propor reclamações e reparar violações dos direitos humanos relacionadas com atividades empresariais.

Em síntese, esta nova normativa nacional favorece o empenho das empresas em favor do compliance laboral, numa consolidação do trabalho decente, promoção dos direitos humanos laborais e combate à corrupção.

6. SUBSIDIARIEDADE E FRATERNIDADE NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES

Emerge uma nova necessidade de equilíbrio entre as esferas internacional e nacional, pública e privada, no mundo do trabalho para a proteção dos direitos humanos dos trabalhadores. Essa nova necessidade de equilíbrio passa por uma redefinição do princípio da subsidiariedade⁴⁸⁷. O princípio da subsidiariedade significa que toda a entidade de hierarquia inferior deve poder organizar tudo o que está no âmbito de sua competência.

O princípio autoriza a entidade maior a agir somente quando a de hierarquia inferior não o faça.⁴⁸⁸ A origem do princípio da subsidiariedade encontra-se no ensinamento da Igreja Católica, na Encíclica *Mater et Magistra* na qual se observa:

Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e uma perturbação da ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los, nem absorvê-los.

487. DE SANCTIS, Frei Antônio OFM (org). *Encíclicas e Documentos Sociais*. São Paulo: Ltr, 1991, p. 238-9

488. Este princípio é constitutivo da União Europeia. Visa garantir certa autonomia a uma autoridade subordinada em face da autoridade superior, ou um poder local, frente a um poder central. CASELLA, Paulo Borba. *União Europeia: Instituições e Ordenamento jurídico*. São Paulo, Ltr: 2002, p. 317.

Em termos de direito internacional, e no tocante à questão dos direitos humanos, a comunidade internacional não deve intervir no plano interno, a menos que as comunidades nacionais não tenham condições de fazer respeitar os direitos humanos básicos. O princípio da subsidiariedade sofre, contudo, uma inflexão no contexto pós-moderno,⁴⁸⁹ tendo seu significado alterado. Diante do pluralismo das fontes jurídicas internas e internacionais e o enfraquecimento da soberania estatal, a proteção dos direitos humanos impõe que exista o diálogo das fontes. Este diálogo de fontes exige que tudo se encaminhe para a proteção do ser humano que trabalha na linha da declaração fraternal contida no art. 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: ... “ todos nascem livres e iguais e devem agir uns para com os outros com espírito de fraternidade”.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca traz a explicação da fraternidade na teoria da dimensão dos direitos fundamentais lembrando que o Constitucionalismo Fraternal presente nas declarações de direitos humanos e direito interno fundamental: “*incorpora a dimensão da fraternidade às franquias liberais e sociais de cada povo soberano; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos.*”⁴⁹⁰”

Neste sentido o Decreto 9.571 de 21 de novembro de 2018 , no capítulo III do Decreto há uma lista de práticas “fraternas” que vão desde adoção de medidas educativas, preventivas e normativas internas através de códigos de conduta e programas de *compliance*, com ampla publicidade sobre seus engajamentos na promoção de direitos humanos. Também no artigo 3º há programa o para o Estado, demonstrando a complementariedade de atuação (ou subsidiariedade) , com programa de cultura do diálogo, a transparência, a prestação de contas dentre outras interações entre empresas, administração e a sociedade civil. Portanto o Decreto de Direitos humanos e empresas ao mencionar a necessidade de códigos de condutas, revela um verdadeiro paradigma fraternal de atuação. Transcreve-se o seu texto, no que tange aos códigos de conduta, que no art. 6º refere:

489. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos Bancários em tempos Pós-modernos. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 1998. v. 15, p.33-53.

490. In FONSECA, Reynaldo Soares da. Verbete 58. Fraternidade e Direitos Fundamentais: Constitucionalismo Fraternal. In Direito do Trabalho, Tecnologia, Fraternidade e OIT - BARZOTTO, Luciane Cardoso et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/242749796/v1/page/RB-58.1>

É responsabilidade das empresas não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o **controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento e**, principalmente:

V - garantir que suas políticas, seus códigos de ética e conduta e seus procedimentos operacionais reflitam o compromisso com o respeito aos direitos humanos;

As empresas que operam no mercado têm este dever de fraternidade para todos os envolvidos com as atividades produtivas, especialmente os empregados, a partir da atuação subsidiária e fraternal na proteção dos direitos humanos, na atuação ao lado do Estado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A leitura de argumentos favoráveis e contrários aos códigos de conduta passa pelo problema do Direito do Trabalho que é, em síntese, o problema de coordenação entre direito interno e internacional, uma vez que este último não pode substituir o direito interno, devido a suas peculiaridades sociopolíticas locais. Isto quer dizer que a determinação das esferas de competência da comunidade internacional, do Estado e das empresas não pode ser determinada por uma aplicação rígida do princípio de subsidiariedade. Essa relativização do princípio de subsidiariedade deve-se à importância dos direitos humanos. A concorrência de ações tendentes à efetivação dos direitos humanos não é vista como um mal a ser superado pela delimitação estanque de esferas de competência, mas, geralmente deve ser vista como algo benéfico.

Nesse ponto, ocorre, por vezes, que o princípio da subsidiariedade seja invertido, nada impedindo, por exemplo, que as entidades menores tomem a iniciativa de regulamentar direitos que seriam inicialmente, de competência do ente estatal. Outra forma de inversão do princípio da subsidiariedade é que este se funda na consideração de que os Estados são entes maiores, ou seja mais poderosos, do ponto de vista territorial, econômico e político. Entretanto, hoje existem empresas transnacionais que superam o Estado, especialmente no aspecto econômico e, deste modo, explica-se parcialmente o fenômeno, por exemplo, dos códigos de conduta, uma vez que as empresas podem implementar também políticas de direitos humanos para os trabalhadores, algo que sempre foi considerado função exclusiva ou típica do Estado.

Dessa forma, ao lado do Estado, a sociedade civil representada pelo mercado consumidor se articula de forma mais dinâmica na regulação do mercado, mais rápida do que regulamentações estatais. Contudo, o mercado deve ser mero instrumento de efetivação dos direitos, mas nunca juiz da sua existência e do seu conteúdo.

Por outro lado, em casos de graves violações de direitos humanos, o direito internacional almejaria mais “dentes”, maior condições de sancionar ou coibir os abusos. Este ainda é um limite insuperável no aspecto jurídico do Direito Internacional do Trabalho que testa os limites da teoria dos Direitos Humanos no trabalho.

REFERÊNCIAS

BAKER, Mark B. Tightening the Toothless Vise: Codes of Conduct In The American Multinational Enterprise. *Wisconsin International Law Journal*: Madison. n.20, p. 89-141. Winter, 2001.

DILLER, Janelle. *Corporate Codes of Conduct: Profit, Power and Law in the Global Economy*. Geneva: International Labour Office, 2014.

FONSECA, Reynaldo Soares da. Verbete 58. *Fraternidade e Direitos Fundamentais: Constitucionalismo Fraternal*. In Direito do Trabalho, Tecnologia, Fraternidade e OIT - BARZOTTO, Luciane Cardoso et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

HONG, Jane C. Enforcement of Corporate Codes of Conduct: Finding A Private Right of Action for International Laborers Against MNCs For Labor Rights Violations. *Wisconsin International Law Journal*. Madison: n.19, p.41-63. Fall, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos Bancários em tempos Pós-modernos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1998. v. 15, p.33-53

PERULLI, Adalberto. *Diritto del lavoro e Globalizzazione: clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*. Padova: CEDAM, 2019, p.304.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 123

RATNER, Steven R. *Corporations and human rights: a theory of legal responsibility*. Yale Law Journal, p. 452-518. December, 2001

VIGORITA, Luciano (org.) et al. *Qualità totale e diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1997.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA: UMA POSSIBILIDADE INTERPRETATIVA INSPIRADA EM VOTOS DO HOMENAGEADO

ROBSON MAIA LINS⁴⁹¹
PABLO GURGEL FERNANDES⁴⁹²

1. INTRODUÇÃO

Pensamos desenganadamente que uma obra coletiva em homenagem ao admirável Ministro Reynaldo Soares da Fonseca não poderia ter melhor temática para reflexões jurídicas, dada a relevante contribuição humanística que este insigne magistrado de carreira vem ofertando à entrega da prestação jurisdicional da Corte Cidadã.

Após acessarmos o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para realizar uma breve pesquisa em sua jurisprudência, lançamos o termo “fraternidade” na busca virtual e nos deparamos com setenta e um acórdãos, dos quais sessenta e três foram relatados, originária ou supervenientemente, pelo homenageado.

Buscando uma justificativa para tamanho protagonismo, lembramos que este princípio já havia sido objeto de significativas reflexões científicas por Reynaldo Soares da Fonseca, durante sua distinta trajetória acadêmica nos bancos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), que

491. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor nos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC/SP e do IBET. Conselheiro do Conselho Nacional de Educação (CNE). Advogado.

492. Mestrando em Direito Tributário na PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Professor do IBET. Advogado.

se encerrou com a obtenção do título de Mestre em Direito, após defender dissertação intitulada “A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região”.

Como poucos, o homenageado soube levar sua vasta experiência para a academia. Mas, não parou por aí. Valeu-se também de seu conhecimento científico para contribuir com o aprimoramento da concretização do direito pelo Poder Judiciário. E esta cadência dialética acurada fez-nos recordar das palavras do saudoso mestre pernambucano Lourival Vilanova, para quem: “o jurista é o ponto de intersecção entre a teoria e a prática, entre a ciência e a experiência”.

Este contexto, inclusive, ilustra um caro princípio ético da ciência, segundo o qual uma reflexão acadêmica deve buscar contribuir para o aprimoramento do conhecimento humano e o desenvolvimento social, mediante oferta de respostas que possam ser posteriormente analisadas e consideradas pela comunidade.

Diante das múltiplas possibilidades que a intertextualidade propicia ao sujeito cognoscente, conduziremos nossas proposições a respeito do princípio da fraternidade para a resolução de três questionamentos voltados à prática tributária. A saber: (a) o princípio da fraternidade ostenta caráter jurídico-positivo? (b) em caso positivo, pode, então, ser aplicado em matéria tributária?; e (c) inclusive na apuração do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF)?

Imbuídos de uma postura hermenêutico-analítica, própria da escola de pensamento do constructivismo lógico-semântico, à qual nos perfilhamos, buscaremos desenvolver o estudo proposto a partir da experiência de três julgados colegiados da Quinta Turma do STJ que o homenageado relatou, cujas fundamentações orientarão a fixação das premissas necessárias à resolução das indagações suscitadas.

O primeiro dos julgados da relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca que selecionamos foi o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 74.123/RS. Isto porque, naquela ocasião, deu-se provimento à insurgência recursal para substituir pela prisão domiciliar a prisão preventiva de uma mulher presa em flagrante, tendo em vista que ela possuía “um filho com 9 (nove) anos de idade, portador de hidrocefalia, que necessita dos seus cuidados”.

Já o segundo julgamento paradigmático conduzido pelo homenageado e que analisaremos será o *Habeas Corpus* nº 375.005/RS. Muito embora não

tenha sido conhecido, este remédio constitucional serviu de ensejo para conceder de ofício a ordem, a fim de franquear ao apenado a possibilidade de trabalhar externamente na condição de autônomo.

E o terceiro acórdão a ser esquadrihado é aquele editado para o *Habeas Corpus* nº 382.780/PR, no qual se decidiu pela remição de pena em caso de aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

2. DIALOGANDO ENTRE PRÁTICA E TEORIA

2.1. REFLEXÕES INICIAIS

Não raras vezes, no meio jurídico, deparamo-nos com colegas que defendem uma abordagem puramente pragmática do direito positivo, como se fosse possível dissociar a positivação deste subsistema social das premissas elementares da Teoria Geral do Direito. Ademais, nas palavras de José de Oliveira Ascensão, “se todo o ensino do direito fosse um ensino de leis, o jurista, quando essas leis fossem revogadas, não saberia nada”⁴⁹³.

Muitas vezes, é certo, não se consegue vislumbrar o reflexo prático imediato de determinada digressão. Entretanto, como observa Gerardo Mello Mourão, sem elementos de geometria euclidiana o homem não teria enviado foguete à lua⁴⁹⁴.

Dentre as finalidades da educação superior, tal como prescritas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), encontramos justamente a formação de pessoas para a “participação no desenvolvimento da sociedade brasileira” (art. 43, inciso I) e o incentivo ao trabalho de pesquisa e investigação científica, a fim de “desenvolver o entendimento do homem do meio em que vive” (art. 43, inciso II).

Ciência e experiência devem caminhar juntas. E até como forma de demonstrar os reflexos que a teoria introjeta na atividade jurisdicional, propomo-nos a seguir o caminho inverso que geralmente se observa em um artigo científico, para reconstruir premissas dogmáticas mediante a experiência de casos concretos julgados pela Corte Cidadã.

493. ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 490.

494. MOURÃO, Gerardo Mello. *A invenção do saber*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1990. p. 26.

2.2. O CAMPO DE OBSERVAÇÃO

Bem cientes da impotência humana diante da imensurável riqueza que ostenta os objetos passíveis de conhecimento, pois “somos pequenos e o mundo é imenso”, nas palavras de Francesco Carnelutti⁴⁹⁵, cingimos nosso campo de observação a três julgados relatados pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que serviram de paradigma ao advento de múltiplas decisões posteriores no seio da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por influência do princípio da fraternidade.

Os critérios cumulativos para suas seleções, como já prenunciamos, foram: (i) relatoria; (ii) grau de ineditismo para o julgador; (iii) relevância na orientação de julgamentos posteriores; e (iv) abordagem do princípio estudado no desenvolvimento da motivação.

Evidentemente, utilizamos deste expediente para tornar profícuo o desenvolvimento textual dentro dos limites concedidos.

Para alcançar tal finalidade metodológica, aplicamos a lei lógica segundo a qual: o aumento dos critérios ou atributos para a formação de uma classe (conotação) implica a redução do número possível de elementos que poderão integrar determinado conjunto (denotação).

Diga-se de passagem, sem que muitos percebam, esta estrutura de pensamento é a mesma que rege a construção da jurisprudência defensiva, bem conhecida por aqueles que atuam perante os Tribunais Superiores.

2.3. ITINERÁRIO PROPOSTO

Toda metalinguagem é redutora de sua linguagem-objeto. Ao pretender descrever aspectos de julgados, outros serão relegados. E não pretendemos infirmar tal verdade linguística, porquanto será necessário evidenciar apenas aqueles pontos que se mostraram, em nossa visão, como servis à reconstrução dos conceitos centrais ao encadeamento discursivo da presente investigação.

Ainda nessa primeira etapa, as premissas assentadas possibilitarão solucionar a primeira das indagações e conduzirão a resposta das duas questões subsequentes, tal como ordenadas na introdução e trabalhadas em um segundo momento.

495. CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Trad. Frederico A. Paschoal. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 29.

3. PREMISSAS DE TEORIA GERAL DO DIREITO A PARTIR DOS VOTOS DO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

3.1. O RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 74.123/RS

O primeiro dos julgados da relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca que selecionamos foi o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 74.123/RS. Naquela ocasião, deu-se provimento à insurgência recursal para substituir a prisão preventiva de uma mulher presa em flagrante pela prisão domiciliar, tendo em vista que ela possuía “um filho com 9 (nove) anos de idade, portador de hidrocefalia, que necessita dos seus cuidados”.

O fundamento normativo para tanto, é bem verdade, já se encontrava positivado desde o advento da Lei nº 13.257/2016, que incluiu ao art. 318 do Código de Processo Penal (CPP) o inciso V, para “permitir” ao Estado-Juiz tal substituição quando o agente fosse “mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;”.

Porém, a respeito da decisão comentada, convém atentar para três aspectos considerados em seu inteiro teor.

3.1.1. A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Em primeiro lugar, nos termos do *caput* do art. 318 do CPP, “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar”. Sua literalidade, isoladamente considerada, conduziria à conclusão de que a prescrição jurídica não veiculou uma obrigação imposta ao Poder Judiciário, mas mera permissão. Numa perspectiva contextual, todavia, entendeu-se pela obrigatoriedade da medida substitutiva, “a fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional do filho da recorrente, menor de 12 anos”, postura hermenêutica que buscou conferir eficácia social à proteção integral da criança, prescrita no art. 227 da CRFB/88.

Em âmbito tributário, inclusive, parcela relevante da doutrina nacional compreende que o atributo da facultatividade do exercício da competência tributária (art. 145, *caput*, da CRFB/88) não se aplica ao ICMS⁴⁹⁶, por se tratar de tributo que incide sobre significativa parcela do consumo nacional e tem a aptidão de desequilibrar ainda mais o pacto federativo, que bem sabemos,

⁴⁹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 461-464; e CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 32. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 571.

foi alçado pelo Constituinte Originário ao patamar de cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso I, da CRFB/88).

A partir disto podemos lembrar da necessidade de uma leitura sistemática do ordenamento jurídico. Afinal, conforme alertava-nos Alfredo Augusto Becker⁴⁹⁷, a autonomia dos ramos do direito:

[...] é sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico.

Lição bem presente na obra de Paulo de Barros Carvalho é a de que o plano da literalidade textual é apenas o ponto de partida do percurso interpretativo do jurista⁴⁹⁸, no qual ainda deverão ser consideradas as outras normas jurídicas, com as quais identificam-se relações de coordenação e de subordinação.

Isto se deve ao caráter alográfico do direito positivo, bem afirmado por Eros Grau⁴⁹⁹. Em suas lições, o fenômeno jurídico demanda, necessariamente, um intérprete para completar a construção do seu sentido, assim como, *mutatis mutandis*, certas partituras musicais somente alcançam seu propósito quando tocadas por um musicista.

3.1.2. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Prosseguindo em sua fundamentação, o homenageado ainda fez questão de chamar atenção para o fato de que a citada disposição do CPP, introduzida pela Lei nº 13.257/2016, representou um resgate legislativo do princípio da fraternidade, cujo valor “não pertence apenas às religiões ou à moral”, posto que vem sendo “proclamado por diversas Constituições modernas” e foi incorporado pela CRFB/88, notadamente em seu preâmbulo e no art. 3º.

Como consabido, ao Poder Legislativo se atribuiu significativa margem de liberdade para exercer suas competências constitucionais para introduzir instrumentos primários, voltados à regulação de condutas humanas. Porém, não raras vezes, a liberdade de conformação se volta à reafirmação de determinadas

497. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 34.

498. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107-130.

499. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 37-39.

prescrições de índole constitucional, ora mediante redundância textual, ora através de novos mandamentos voltados à sua concretização.

Por se tratar de autêntico objeto cultural, não há como despir o direito positivo dos valores que pretende implantar no mundo social. E isto explica – sem adentrarmos propriamente ao mérito da técnica – a utilização da ponderação pelo Poder Judiciário, na busca por equalizar os valores envolvidos em determinado contexto normativo.

Alertamos, de todo modo, que o fechamento operativo do sistema jurídico⁵⁰⁰ não permite que todos os anseios sociais adentrem em seu universo linguístico, senão apenas mediante específicos processos de enunciação. Não por outro motivo, há dois séculos Friedrich Karl Von Savigny já nos chamava a atenção: “Fala-se, geralmente, que, na interpretação, tudo depende da intenção do legislador. Mas, isso é meia verdade, porque depende da intenção do legislador desde que apareça na lei”⁵⁰¹.

Salutar, por isto mesmo, indagar inicialmente acerca do caráter jurídico do princípio da fraternidade, até mesmo porque, ao menos desde Roma, como anota António Castanheira Neves⁵⁰², o direito passou a revelar sua autonomia.

Não desconhecemos que nossa Corte Constitucional já se pronunciou pela irrelevância jurídica do preâmbulo (ADI nº 2.076/AC). Porém, nosso pensamento transita ao encontro das lições de Paulo de Barros Carvalho, para quem ele – o preâmbulo – nos fornece enunciados carregados de “intensa conotação axiológica”⁵⁰³, a serem considerados na construção das significações jurídicas.

Recentemente, no contexto da pandemia que vivemos, algumas questões sensíveis chegaram ao STF, tais como a Ação Cível Originária nº 3.363/SP. E no bojo da fundamentação expendida para fins de concessão da medida cautelar, a fim de suspender por 180 (cento e oitenta dias) o pagamento da dívida pública que o Estado de São Paulo tem perante a União, o preâmbulo foi invocado, na parte em que prescreve a “necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade”.

O preâmbulo de nossa Lei Maior também prescreve “uma sociedade fraterna”. Porém, ainda que não o tivesse feito, poderia ser facilmente deduzido dos

500. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. P. 53, 56 e 59.

501. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia jurídica*. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001. p. 10.

502. NEVES, António Castanheira. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 23.

503. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 98.

objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (RFB), tais como: (a) a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I); (b) a erradicação da marginalização e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inciso III); e (c) a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV).

O direito posto, como Eros Grau fazia questão de consignar durante sua judicatura no STF (v.g. ADPF nº 101/DF e ADPF nº 144/DF), não deve ser interpretado em tiras!

3.1.3. A SINALIZAÇÃO DA EXTENSÃO NORMATIVA

E em terceiro lugar, ostentando caráter jurídico-positivo e distinta posição hierárquica, decerto que o princípio da fraternidade haverá de ser considerado na aplicação da legislação infraconstitucional.

Foi esta a premissa que levou o homenageado a consignar, na parte final de seu voto, que:

o princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal.

Esse fechamento do voto do Ministro Reynaldo deixa em claras luzes que o domínio do altiplano da normatividade constitucional, cheia de generalidade e abstração, logo atinge o plano das normas individuais e concretas, ali onde o dever ser do direito quase toca o ser da realidade social, na lição precisa do Lourival Vilanova.

3.2. HABEAS CORPUS Nº 375.005/RS

Neste segundo caso, o apenado pretendia trabalhar externamente na condição de autônomo, pleito este que não encontrou guarida no juízo *a quo*, por considerar eventuais prejuízos no controle e na fiscalização do trabalho a ser desenvolvido.

Como o *habeas corpus* fora impetrado em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferido nos autos de agravo em execução, reputou-se-lhe como “substitutivo de recurso próprio” e, por conseguinte, na linha da jurisprudência sedimentada pelo STJ e STF, não restou conhecido. Contudo, a situação apreciada deu ensejo à concessão da ordem de ofício

(art. 654, §2º, do CPP), a fim de “permitir ao paciente o exercício do trabalho externo como autônomo”.

No final de seu voto, a título de *obiter dictum*, o relator fez questão de consignar sua perspectiva humanista:

Não posso permanecer insensível à situação daquele que, depois de segregado da vida em sociedade, convivendo, por conta dos seus erros, com as mazelas do confinamento, ao deixar - pela conquista do regime aberto - os limites impostos pelas grades, e enfrentar as barreiras impostas para a superação dos deslizes do passado, efetivamente reencontra sua dignidade no seio de sua família e no emprego lícito, buscando, agora, a retidão em sua conduta.

3.2.1. SE O LEGISLADOR NÃO POSITIVOU UMA DISTINÇÃO, POR VEZES O INTÉRPRETE DEVERÁ FAZÊ-LO, MAS NEM SEMPRE

Uma vez mais, tal como sucedeu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 74.123/RS, a resolução da questão examinada partiu de uma disposição infraconstitucional, a saber, o art. 114, inciso I, da Lei de Execuções Penais (LEP):

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

Em princípio, então, poder-se-ia pensar que a invocação do brocardo “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”, alçado por alguns como cânone da hermenêutica jurídica, bastaria à resolução da questão. Entretanto, como já alertava Carlos Maximiliano⁵⁰⁴, não se pode generalizá-lo. Afinal, não devemos lidar com uma prescrição jurídica sem considerar as múltiplas relações de coordenação e subordinação que nutrem para com as demais outras.

As distinções, anote-se, tornaram-se cada vez mais relevantes no contexto de crescente complexificação do ordenamento jurídico. Trata-se, inclusive, de conclusão que encontra variadas ilustrações práticas emanadas de proventos jurisdicionais dos tribunais superiores, que buscam harmonizar a aplicação do sistema jurídico, a exemplo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.588/DF, na qual se analisou o método de tributação das empresas nacionais em função dos resultados apurados por

504. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 225.

“controladas” e “coligadas” sediadas em “países de tributação normal” ou localizadas em “paraísos fiscais”.

Se, por um lado, Poder Legislativo busca, mediante sua representatividade democrática, implantar valores mediante introdução de prescrições jurídicas, por outro não se pode olvidar das eventuais necessidades de: (i) prezar, na maior medida possível, pela coerência sistêmica; (ii) complementar a significação a partir de outros diplomas legais; e (iii) atentar para limitações normativas de superior hierarquia, a exemplo daquelas presentes na CRFB/88, que bem sabemos ostentar caráter contramajoritário, com vistas a preservar um núcleo mínimo axiológico em detrimento de maiorias eventuais.

No Acórdão que fora impugnado pelo *Habeas Corpus* nº 375.005/RS, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) reconheceu a inexistência de vedação expressa à possibilidade de trabalho autônomo, contudo, realizou uma distinção entre as possibilidades de ocupação, a fim de excluir a possibilidade de autorizar o desempenho de atividades autônomas. E o fez por ponderar que: (a) a lei não tratou de forma específica a respeito da modalidade de ocupação pretendida; (b) o art. 28 da LEP prescreveria o trabalho do condenado como ocupação produtiva, “e não a liberdade desvigiada”; e (c) “o labor sugerido pelo apenado, por não implicar qualquer supervisão de chefia, prejudica o controle e a fiscalização do trabalho e real comportamento do apenado”.

Já a decisão analisada extirpou tal distinção, por considerar que a escassez de ofertas de emprego poderia afetar a eficácia do objetivo jurídico da ressocialização – expressamente reconhecido como tal na exposição de motivos da Lei de Execuções Penais – na esteira do entendimento outrora firmado pelas Turmas que integram a Terceira Seção da Corte Cidadã.

3.2.2. *Interpretação conforme a Constituição*

Ademais, ainda dentre as razões de decidir expendidas, invocou julgado da Primeira Turma do STF, relatado pelo então Ministro Carlos Britto, o *Habeas Corpus* nº 94.163/RS, no qual se privilegiou a interpretação que mais se aproximaria da:

[...] Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva

da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna”.

Assim, dentre as possibilidades interpretativas que o texto da LEP poderia suscitar, decidiu-se por aquela que se coadunava melhor com os valores eleitos pelo Constituinte. Assim, fixa-se o sentido constitucional preservando o produto legislado, harmonizando democracia e supremacia da Constituição.

E tudo isto, aponte-se, somente é possível graças a uma relevante distinção entre texto (norma jurídica em sentido lato) e norma (norma jurídica em sentido estrito), bem sintetizada por Tullio Ascarelli, ainda em meados da década de 50: “*objeto de la interpretación no es una ‘norma’, sino un texto [...] precisamente toda aplicación de una norma exige la interpretación de un texto*”⁵⁰⁵.

3.3. HABEAS CORPUS Nº 382.780/PR

Já o terceiro julgado teve o mesmo desfecho processual do segundo (*Habeas Corpus* nº 375.005/RS): não conhecimento seguido de concessão da ordem *ex officio*. As diferenças específicas relevantes residiram na: (i) matéria envolvida; e (ii) característica do fundamento normativo imediato.

3.3.1. O CASO CONCRETO

A paciente houvera concluído o ensino médio antes mesmo do início do cumprimento de sua pena. Todavia, enquanto se encontrava encarcerada, dedicou-se aos estudos e obteve aprovação no ENEM, motivo pelo qual pleiteou remição de pena.

Em primeiro grau, a pretensão da apenada não encontrou guarida. E igual desfecho se verificou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), por ocasião do julgamento do recurso de agravo em execução.

A manutenção do indeferimento do pedido de remição, em segunda instância, pautou-se nas seguintes razões: (a) a remição pelo estudo demandaria frequência escolar; (b) o desempenho satisfatório serviria apenas para majorar o benefício pela participação regular em aulas; (c) não seria admissível remição ficta pela simples aprovação no ENEM; (d) as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não poderiam veicular analogia *in bonam partem* para implementar política criminal (Recomendação nº 44/2013); e (e) o art.

505. ASCARELLI, Tullio. *Jurisprudencia constitucional y teoria de la interpretación*. Trad. Alberto Puppó. In: POZZOLO, Susanna. ESCUDERO, Rafael (Editores). *Disposición vs. Norma*. Primera edición Digital. Lima: Palestra Editores, 2018. p. 10.

126, §5º, da LEP veicularia exigência de prova idônea a respeito da conclusão do ensino formal.

3.3.2. A FUNDAMENTAÇÃO ADOTADA

Para conceder de ofício a ordem, a Quinta Turma do STJ seguiu à unanimidade o relator para reconhecer que art. 126 da LEP, com redação dada pela Lei nº 12.433/2011, deveria ser interpretado e aplicado sob a óptica do princípio constitucional da fraternidade, de modo a promover, na maior medida possível, a reinserção social do condenado, inclusive mediante analogia *in bonam partem*.

Eis um típico caso de lacuna que fora colmatada pelo Poder Judiciário, mediante emprego de analogia (art. 4º da LINDB), e com vistas à promoção de valores constitucionais, reafirmando o atributo da completabilidade do sistema jurídico⁵⁰⁶.

3.4. REFLEXÕES FINAIS SUSCITADAS A PARTIR DA COMPARAÇÃO ENTRE OS JULGADOS

De comum entre os três julgados analisados, vimos a busca por imprimir maior eficácia social ao princípio constitucional da fraternidade. Seus reflexos interpretativos, contudo, variaram um pouco.

No primeiro caso (RHC nº 74.123/RS), aplicou-se indistintamente uma disposição normativa. Já no segundo julgado (HC nº 375.005/RS), flexibilizou-se um requisito legal. E na terceira situação concreta (HC nº 382.780/PR), conferiu-se interpretação ampliativa ao rol de possibilidades prescritas pelo legislador.

De todo modo, todas essas facetas interpretativas podem ser melhor compreendidas através de outra distinção também creditada à doutrina italiana, cuja consolidação se deu na década de 60. Falamos, especificamente, da separação conceptual entre (i) norma que se pode construir a partir de um texto normativo isoladamente considerado (“*disposición-norma*”); e (ii) aquela outra que constitui o sentido atual do direito para o caso concreto, considerando a integralidade do sistema normativo (“*norma-ordenamiento*”), como precisamente leciona Vezio Crisafulli⁵⁰⁷.

506. “O juiz não tem o indeclinável dever-de-julgar porque o sistema já é completo, mas o sistema é completável, se o juiz deve julgar qualquer conflito de interesses que chegue processualmente ao seu conhecimento”. (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. P. 246).

507. CRISAFULLI, Vezio. *Disposición (y norma)*. Trad. Mar Fernández Pérez. In: POZZOLO, Susana. ESCUDERO, Rafael (Editores). *Disposición vs. Norma*. Primera edición Digital. Lima: Palestra

É por causa desta distinção que se fala na inexistência de relação biunívoca entre enunciado prescritivo e norma jurídica em sentido estrito. Não raras vezes, faz-se necessário percorrer múltiplos documentos normativos para construir a significação juridicamente adequada ao caso concreto.

E por derradeiro, ainda nesta seção, faz-se oportuno lembrar que a inexistência de uma disposição imediatamente expressa é um falso problema⁵⁰⁸, pois o sentido do direito é sempre o resultado de uma trajetória cognitiva que apenas se inicia no plano da expressão.

4. A FRATERNIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Em virtude da nossa proposta investigativa, findamos por analisar apenas julgados relativos ao disciplinamento do *jus puniendi* estatal. Porém, não é demasiado observar que: (a) antes de tudo, o direito tributário também integra o subsistema comunicacional do direito; (b) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (RFB) não se limitam ao direito penal; e (c) a tributação também repercute com severidade no patrimônio jurídico individual.

4.1. ALGUMAS APROXIMAÇÕES ENTRE O DIREITO PENAL E O DIREITO TRIBUTÁRIO

Afinal, qual é o ramo do direito positivo que intervém de forma mais severa nos direitos fundamentais do indivíduo? Quando nos deparamos com esta indagação, há uma tendência de responder, quase que imediatamente: obviamente, o direito penal!

Sucedem que a hipótese de incidência da norma penal incriminadora conota um fato ilícito, que a maioria dos cidadãos jamais praticará. Já a hipótese de incidência tributária, por sua vez, pressupõe um fato jurídico lícito para imputar uma consequência pecuniária que dificilmente algum ser humano não experimentará algum dia, ainda que indiretamente, entre o momento de seu nascimento e o instante de sua morte.

Justamente por atingir caros bens jurídicos de estatura constitucional, como são a liberdade individual e a propriedade privada, é que a Constituição cuidou de disciplinar sua atividade em nível constitucional, como observava

Editores, 2018. p. 47.

508. A esse respeito, remetemos o leitor para GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 50-52.

Geraldo Ataliba⁵⁰⁹. Assim não fosse, inexistiria razão para a positivação de um sistema constitucional tributário com limitações estatais tão próximas daquelas observadas no direito penal, como são: legalidade (arts. 5º, inciso XXXIX, e 150, inciso I, da CRFB/88), anterioridade (arts. 5º, inciso XXXIX, e 150, inciso III, alíneas “b” e “c”, da CRFB/88) e irretroatividade maléfica (arts. 5º, inciso XL, e 150, inciso III, alínea “a”, da CRFB/88).

Indo além, inclusive, podemos afirmar que o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88) está para o crime assim como o princípio da capacidade contributiva (art. 145, §1º, da CRFB/88) está para o tributo. A gradação da consequência sancionatória deverá acompanhar os graus de lesividade e reprovabilidade da conduta ilícita, assim como a intensidade da tributação haverá de seguir a dimensão da riqueza manifestada pelo contribuinte.

4.2. MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Em âmbito criminal, ao menos nos casos analisados neste artigo, a fraternidade motivou o abrandamento de medidas invasivas em prol da reinclusão da pessoa humana no convívio de seus semelhantes, possibilitando-a se tornar alguém melhor e/ou capaz de contribuir com a humanidade.

Já em matéria fiscal, o princípio da fraternidade também se voltará ao abrandamento da intervenção estatal na esfera de direitos individuais, desta feita mediante medidas de diminuição da carga tributária que possibilitem uma maior margem de disponibilidade econômica para o provimento de necessidades vitais e/ou existenciais, quer do contribuinte, quer de outras pessoas que dele dependam.

Dentre as vastas medidas fiscais que poderíamos citar, algumas encontram-se já no plano constitucionais, a exemplo: (i) da gratuidade, para os reconhecidamente pobres, do registro civil de nascimento e da certidão de óbito (art. 5º, inciso LXXVI, da CRFB/88); (ii) da intributabilidade de instituições de assistência social (arts. 150, inciso VI, alínea “c”, e 195, §7º, da CRFB/88); e (iii) da imunidade das pequenas glebas rurais (art. 153, §4º, inciso II, da CRFB/88).

No plano infraconstitucional, por seu turno, as ilustrações se proliferam, como vislumbramos nas hipóteses de isenção do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) para pessoas com problemas de saúde severos (art. 6º, inciso

509. ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 127.

XIV, da CRFB/88) e, em situações pontuais, para pessoas com deficiência (v.g. art. 1º da Lei nº 8.687/1993 e art. 4º-A da Lei nº 7.070/1982)

Na classe das medidas passíveis de instrumentalizar a concretização da fraternidade jurídica na seara tributária, cabe mencionarmos ainda anistias, remissões, subsídios, concessões de créditos presumidos, reduções de alíquota, tratamentos diferenciados para algumas regiões do país e, naquilo que nos interessará de agora em diante, reduções de base de cálculo.

4.3. A CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO FILHO OU FILHA COM DEFICIÊNCIA PARA FINS DE DEDUTIBILIDADE NO IRPF

Alertamos, em linhas pretéritas, que a implementação de um regime tributário fraterno também pode beneficiar pessoas jurídicas, como meio para a promoção do bem-estar social. No entanto, nossa escolha pelo IRPF se mostrou conveniente por cinco motivos: (a) a maior facilidade de evidenciar a promoção da fraternidade mediante medidas diretamente voltadas à pessoas físicas, tal como ocorreu nos julgados do STJ que comentamos; (b) a coincidência temporal deste escrito com o período de envio das declarações anuais de ajuste; (c) o caráter humanitário que permeia o regime de dependência, para fins de dedutibilidade de despesas; e (d) a pendência de julgamento da ADI nº 5.583/DF, na qual este tema será apreciado pela Corte Suprema.

4.3.1 O CONTEXTO LEGISLATIVO INFRACONSTITUCIONAL

Nos termos do art. 8º da Lei nº 9.250/1995, a base de cálculo do IRPF será a diferença entre as somas: (i) dos rendimentos tributáveis percebidos durante o ano-calendário, ressalvados aqueles sujeitos às tributações exclusivas na fonte e os submetidos à tributação definitiva; e (ii) das deduções relativas a certas despesas próprias e/ou com seus dependentes:

Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:

I - de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;

II - das deduções relativas:

a) aos pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem

como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias;

b) a pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de:

[...]

10. R\$ 3.561,50 (três mil, quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), a partir do ano-calendário de 2015;

c) à quantia, por dependente, de:

[...]

9. R\$ 2.275,08 (dois mil, duzentos e setenta e cinco reais e oito centavos) a partir do ano-calendário de 2015;

[...]

§ 2º O disposto na alínea a do inciso II:

I - aplica-se, também, aos pagamentos efetuados a empresas domiciliadas no País, destinados à cobertura de despesas com hospitalização, médicas e odontológicas, bem como a entidades que assegurem direito de atendimento ou ressarcimento de despesas da mesma natureza;

II - restringe-se aos pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos ao próprio tratamento e ao de seus dependentes;

III - limita-se a pagamentos especificados e comprovados, com indicação do nome, endereço e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF ou no Cadastro Geral de Contribuintes - CGC de quem os recebeu, podendo, na falta de documentação, ser feita indicação do cheque nominativo pelo qual foi efetuado o pagamento;

IV - não se aplica às despesas ressarcidas por entidade de qualquer espécie ou cobertas por contrato de seguro;

V - no caso de despesas com aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias, exige-se a comprovação com receituário médico e nota fiscal em nome do beneficiário.

[...]

Desse modo, a simples inclusão de outrem como dependente na declaração anual de ajuste do IRPF possibilitará dedução do valor de R\$ 2.275,08 (dois mil,

duzentos e setenta e cinco reais e oito centavos), além de despesas necessárias ou relevantes com o dependente e devidamente comprovadas, a exemplo das médicas e de educação.

Ressalvamos, em todo caso, a possibilidade de os contribuintes substituírem todas essas deduções mediante opção voluntária pelo regime do “desconto simplificado”, prescrito no art. 10 da lei em comento, que configura uma hipótese de elisão fiscal expressamente admitida pela legislação federal.

Os critérios legais para a caracterização da dependência, para fins de apuração deste imposto federal encontram-se insculpidos no art. 35 do mesmo documento normativo, a já citada Lei nº 9.250/1995:

Art. 35. Para efeito do disposto nos arts. 4º, inciso III, e 8º, inciso II, alínea c, poderão ser considerados como dependentes:

[...]

III - a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

IV - o menor pobre, até 21 anos, que o contribuinte crie e eduque e do qual detenha a guarda judicial;

V - o irmão, o neto ou o bisneto, sem arrimo dos pais, até 21 anos, desde que o contribuinte detenha a guarda judicial, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho;

VI - os pais, os avós ou os bisavós, desde que não auferam rendimentos, tributáveis ou não, superiores ao limite de isenção mensal;

[...]

§ 1º Os dependentes a que se referem os incisos III e V deste artigo poderão ser assim considerados quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau.

[...]

A partir das disposições supratranscritas, e atentando especificamente para o vínculo de filiação, podemos construir os seguintes juízos hipotético-condicionais:

- a. SE tiver filho ou filha de até 21 (vinte e um anos), *ENTÃO DEVE-SER* o direito de declarar a dependência, para fins de apuração do IRPF;

- b. SE tiver filho ou filha de até 24 (vinte e quatro anos), desde que curse ensino superior ou escola técnica de segundo grau, *ENTÃO DEVE-SER* o direito de declarar a dependência, para fins de apuração do IRPF;
- c. SE tiver filho ou filha de qualquer idade, incapaz física ou mentalmente para o trabalho, *ENTÃO DEVE-SER* o direito de declarar a dependência, para fins de apuração do IRPF.

E como fica a situação do contribuinte que tenha filho ou filha não enquadrado nas regras “a)” ou “b)”, mas que dele dependa economicamente?

Em 1995, quando o atual marco normativo de regência da matéria foi editado, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência estava longe de ser firmada (2007) e internalizada no universo jurídico pátrio (Decreto nº 6.949/2009). E somente em 2015, registre-se, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) foi introduzida na órbita jurídica.

Em 1995, inclusive, Débora Araújo Seabra de Moura, a primeira professora com Síndrome de Down do Brasil, ainda estava entrando na adolescência (art. 2º da Lei nº 8.069/1990), e Fernando Henrique Cardoso iniciava seu primeiro mandato como Presidente da República.

Em 1995, a condição de dependente do segurado filiado ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) só alcançava o filho menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. Apenas em 2015 o rol foi significativamente estendido, de modo a abranger também o filho de qualquer idade que tenha “deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave” (art. 16, inciso I, da Lei nº 8.213/1991).

O contexto social da época, portanto, faz-nos crer que o legislador não teria a possibilidade de enxergar as pessoas com deficiência como capazes de alçar o patamar da independência financeira, mediante plena inserção no mercado de trabalho. Naquele tempo, o conceito legislativo de incapacidade física ou mental seguramente ostentava denotação muito maior.

Ademais, como compreender que um filho com deficiência intelectual, mental ou física grave, qualquer que seja sua idade, é dependente para fins de perceber pensão por morte, e não o é no momento de apuração do IRPF?

4.3.2 A ADI Nº 5.583/DF

Atenta a esta aparente problemática, que para nós pode ser dirimida por uma interpretação histórico-sistemática e pautada no princípio constitucional da fraternidade, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.583/DF, buscando do STF um provimento jurisdicional que conferisse maior segurança jurídica aos contribuintes, mediante interpretação conforme a Constituição do art. 35, incisos III e V, da Lei nº 9.250/1995.

Considerando que muitas pessoas com deficiência acima do critério etário não conseguem se inserir de forma plena no mercado de trabalho, ou, quando o fazem, não percebem salário em valor suficiente para o desvencilhar da dependência financeira em relação aos familiares, uma interpretação estritamente literal do fundamento legal imediato poderá até mesmo estimular a informalidade, certamente nossa Corte Constitucional terá uma ótima oportunidade para reafirmar o princípio da fraternidade em matéria tributária.

5. CONCLUSÕES

Ao cabo da presente reflexão acadêmica, cabe-nos responder as três perguntas propostas na introdução.

5.1. PRIMEIRA QUESTÃO: OSTENTA O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE CARÁTER JURÍDICO-POSITIVO?

Sim, positiva é a resposta, por se tratar de valor que pautou o labor legislativo do Constituinte Originário.

A despeito das dissidências a respeito do caráter prescritivo do preâmbulo constitucional, em cuja literalidade se consagrou o desiderato de implantar uma “sociedade fraterna”, sua significação jurídica também pode ser construída mediante interpretação sistemática dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos nos incisos do art. 3º da CRFB/88.

5.2. SEGUNDA QUESTÃO: EM CASO POSITIVO, PODE, ENTÃO, SER APLICADO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA?

Consideramos que sim, posto que o direito positivo é um sistema comunicacional cujas unidades elementares – as normas jurídicas – interligam-se mediante vínculos de coordenação e subordinação.

A autonomia dos ramos do ordenamento jurídico é relativa e somente se sustenta para fins didáticos, a fim de possibilitar o desenvolvimento científico a respeito deste objeto de inquestionável complexidade.

Assim sendo, por se tratar de mandamento de *status* constitucional e originário, o princípio da fraternidade deve ser considerado em todos os

momentos do ciclo vital do fenômeno jurídico, quer para ser promovido, quer para motivar a prevenção ou a repressão linguagens que lhe sejam contrárias ou contraditórias.

5.3. TERCEIRA QUESTÃO: INCLUSIVE PARA FINS DE APURAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA (IRPF)?

Disto não duvidamos. Afinal, o princípio da fraternidade motiva o abrandamento da intervenção estatal na esfera de direitos individuais, mediante medidas de diminuição da carga tributária que possibilitem uma maior margem de disponibilidade econômica para o provimento de necessidades vitais e/ou existenciais, quer do contribuinte, quer de outras pessoas que dele dependam.

É este precisamente o caso da caracterização da dependência, para fins de apuração do IRPF daqueles contribuintes que destinam parcela de suas despesas para atender às necessidades biológicas e promover o desenvolvimento humano, estimulando a inserção social das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Tullio. **Jurisprudencia constitucional y teoria de la interpretación.**

Trad. Alberto Puppo. In: POZZOLO, Susanna. ESCUDERO, Rafael (Editores).

Disposición vs. Norma. Primera edición Digital. Lima: Palestra Editores, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral.** Lisboa:

Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros

Editores, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 6. ed. São Paulo:

Noeses, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito.** Trad. Frederico A. Paschoal. 3.

ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 32. ed. rev.

ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da**

incidência. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método.** 6. ed. São

Paulo: Noeses, 2015.

CRISAFULLI, Vezio. **Disposición (y norma)**. Trad. Mar Fernández Pérez. In: POZZOLO, Susanna. ESCUDERO, Rafael (Editores). **Disposición vs. Norma**. Primera edición Digital. Lima: Palestra Editores, 2018.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2018.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOURÃO, Gerardo Mello. **A invenção do saber**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1990.

NEVES, António Castanheira. **O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito**. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SEUS REFLEXOS NA SEGURIDADE SOCIAL

MARCELLA ARAUJO DA NOVA BRANDÃO⁵¹⁰

*Ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca pelo convite.
Aos brasileiros. Povo mais lindo e fraterno não há.*

1. INTRODUÇÃO

O objetivo desse texto é caracterizar a fraternidade como princípio jurídico informador do regime geral de seguridade social vigente no Brasil.

O tema se mostra relevante e atual em um contexto de crise econômica e política que atualmente assola não apenas o Brasil, mas também a ordem mundial. Vale lembrar que a universalidade da previdência pública foi reiteradamente apontada como uma das responsáveis pelo tão difundido desencontro das contas públicas. Em 2020 o Planeta foi assolado pela Pandemia COVID-19, que agrava a crise e altera muitos conceitos sociais e de vida da população.

A partir de uma análise de conceitos jurídicos que inserem a fraternidade e solidariedade como categorias de direitos humanos, buscar-se-á em um segundo momento demonstrar a efetivação e reflexos desses conceitos no funcionamento da seguridade social e mais do que isso como o Supremo Tribunal Federal reforça esses princípios quando chamado a dirimir conflitos.

510. Brandao.marcella@gmail.com

2. A FONTE MAIOR DA FRATERNIDADE – A CONDIÇÃO HUMANA

A comunidade jurídica tratou com certo preconceito o princípio da fraternidade. Não é fácil encontrar referências à fraternidade como um conceito fundamental da existência social e, portanto, inserido nas categorias de direitos humanos. Vê-se que enquanto as dimensões dos direitos humanos e conceitos de igualdade ganhavam força, a fraternidade foi colocada de lado, possivelmente pelo peso religioso que se conferiu ao termo ao longo da história. Numa época de sociedades divididas, cujo individualismo tem cada vez mais peso, valer-se de conceitos enraizados no cristianismo é no mínimo tachado como conservador, independentemente de um contexto de Estado predominantemente liberal ou social.

Nem sempre foi assim. Historicamente a palavra fraternidade sempre foi associada ao lema da Revolução Francesa de 1789 - Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Na verdade, embora calcada nesses três valores, com a consolidação e desenrolar da Revolução Francesa, foi a Igualdade - compreendida sobre a ótica burguesa da sociedade da época - que norteou o movimento revolucionário de ruptura com a ordem monárquica vigente. Nas fases após a queda da monarquia o movimento tomou mais força com a burguesia buscando ocupar espaços na política que lhe eram até então vedados. A forte resistência, em contrapartida à aristocracia da corte francesa, torna-se a tônica do movimento e a fraternidade, novamente foi posta de lado e adormeceu como valor jurídico e político.

Mais de cento e cinquenta anos se passaram e, em boa hora, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo em seu artigo 1º, resgata a Fraternidade, que reaparece como conceito político e jurídico: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*.

O que seria esse espírito de fraternidade? *Frater* significa em latim irmão. Ver o outro como irmão. Frase de abrangência tão ampla que mistura conceitos éticos, religiosos e de matriz filosófica. Talvez dessa amplitude infinita e desconhecida se justifique o receio com que o vocábulo sempre foi tratado pelos juristas.⁵¹¹

511. Sobre a questão PIRES. Cristiano Coelho. *O Princípio da Fraternidade e Sua Inserção na Nova Ordem Constitucional Brasileira*, Âmbito jurídico n 180, consulta em 11/6/2020, www.ambitojuridico.com.br

Um relevante trabalho, feito com o apoio da UNESCO, e destacado na obra “O Princípio Esquecido” por Antônio Maria Baggio (2008) foi o do francês G. Antoine conduzido com a ajuda do Institut de la Langue Française, de Nancy. Nesse estudo, Antoine percebeu que “solidariedade” e “participação” são variações de fraternidade. E afirmou que pelo fato do conceito de fraternidade ter raízes cristãs, há certo impedimento dele ser plenamente reconhecido.⁵¹²

3. A FRATERNIDADE EM SUA VERTENTE CRISTÃ

A doutrina cristã, em especial na Doutrina e Magistério da Igreja Católica, muito se ocupa da Fraternidade. A título de densificação do conteúdo do termo valem algumas referências fundamentais sob o enfoque religioso e filosófico. O Brasil é um Estado laico, porém com raízes cristãs, de forma que há influências cristãs no ambiente da Constituinte de 1988, daí a utilidade de se revisitar os trechos destacados dos documentos referidos.

Fraternidade dos povos

44. Este dever diz respeito, em primeiro lugar, aos mais favorecidos. As suas obrigações enraízam-se na fraternidade humana e sobrenatural, apresentando-se sob um tríplice aspecto: o do dever de solidariedade, ou seja, o auxílio que as nações ricas devem prestar aos países em via de desenvolvimento; o do dever de justiça social, isto é, a retificação das relações comerciais defeituosas, entre povos fortes e povos fracos; o do dever de caridade universal, quer dizer, a promoção, para todos, de um mundo mais humano e onde todos tenham qualquer coisa a dar e a receber, sem que o progresso de uns seja obstáculo ao desenvolvimento dos outros. O futuro da civilização mundial está dependente da solução deste grave problema.

Desenvolvimento é o novo nome da paz

76. As excessivas disparidades econômicas, sociais e culturais provocam, entre os povos, tensões e discórdias, e põem em perigo a paz. Como dizíamos aos Padres conciliares, no regresso da nossa viagem de paz à ONU, “a condição das populações em fase de desenvolvimento deve ser objeto da nossa consideração, ou melhor, a nossa caridade para com todos os pobres do mundo, e eles são legiões infinitas, deve tornar-se mais atenta, mais ativa e mais generosa”. Combater a miséria e lutar contra a injustiça, é promover não só o bem-estar, mas também o progresso humano e espiritual de todos e, portanto, o bem comum da humanidade. A paz não se reduz a uma ausência de guerra, fruto

512. Sobre a questão bem FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio constitucional da Fraternidade, seu resgate no sistema de justiça – Belo Horizonte: ed. D’Placido, 2019

do equilíbrio sempre precário das forças. Constrói-se, dia a dia, na busca de uma ordem querida por Deus, que traz consigo uma justiça mais perfeita entre os homens.⁵¹³

39. A prática da solidariedade no *interior de cada sociedade* é válida, quando os seus membros se reconhecem uns aos outros como pessoas. Aqueles que contam mais, dispendo de uma parte maior de bens e de serviços comuns, hão-de sentir-se *responsáveis* pelos mais fracos e estar dispostos a compartilhar com eles o que possuem. Por seu lado, os mais fracos, na mesma linha de solidariedade, não devem adoptar uma atitude meramente *passiva* ou *destrutiva* do tecido social; mas, embora defendendo os seus direitos legítimos, fazer o que lhes compete para o bem de todos. Os grupos intermédios, por sua vez, não deveriam insistir egoisticamente nos seus próprios interesses, mas respeitar os interesses dos outros. Sinais positivos no mundo contemporâneo são, ainda, a *maior consciência* de solidariedade dos pobres entre si, as suas *intervenções de apoio recíproco* e as *manifestações públicas* no cenário social sem fazer recurso à violência, mas fazendo presentes as próprias necessidades e os próprios direitos perante a ineficácia e a corrupção dos poderes públicos. Em virtude do seu peculiar compromisso evangélico, a Igreja sente-se chamada a estar ao lado das multidões pobres, a discernir a justiça das suas solicitações e a contribuir para as satisfazer, sem perder de vista o bem dos grupos no quadro do bem comum. Deste modo, a solidariedade que nós propomos é *caminho para a paz e, ao mesmo tempo, para o desenvolvimento*. Com efeito, a paz do mundo é inconcebível se não se chegar, por parte dos responsáveis, ao reconhecimento de que a *interdependência* exige por si mesma a superação da política dos blocos, a renúncia a todas as formas de imperialismo económico, militar ou político, e a transformação da recíproca desconfiança em *colaboração*. Esta última, precisamente, é o *procedimento próprio* da solidariedade entre os indivíduos e entre as nações.⁵¹⁴

4. A NOVA REALIDADE CIDADÃ E FRATERNA DA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

A Constituição da República de 1988, logo em seu preâmbulo, estabelece como objetivo maior da nova ordem jurídica nacional: “Instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais,

513. PAULO VI, Papa. Carta encíclica *Populorum progressio* sobre o desenvolvimento dos povos. Roma, 26.03.1967. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>. Acesso em: 23.06.2020.

514. JOÃO PAULO II, Papa. Carta encíclica *Sollicitudo Rei Socialis* pelo vigésimo aniversário da Encíclica *Populorum progressio*. Roma, 30.12.1987. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 23.06.2020.

a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”

Muito se discutiu no sistema constitucional qual o papel e força normativa do preâmbulo. Embora ainda haja certa controvérsia na doutrina, prevaleceu o entendimento da ausência de força normativa autônoma do preâmbulo. Em verdade, o preâmbulo representa um texto situado muito mais no terreno da Política do que do Direito. Pode-se dizer que apresenta as premissas fundamentais do texto normativo que o segue, no caso em questão, a Constituição da República de 1988.

Sobre a questão vale a referência ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2076/AC, relatoria do Ministro Carlos Velloso, DJU 8/8/2003 em que analisa o preâmbulo da Constituição do Acre e sua referência a Deus e conclui pela ausência de inconstitucionalidade do preâmbulo em questão, justamente em razão dele não ter natureza jurídica normativa.

Partindo para a análise do texto legal propriamente, chama atenção desde logo que um dos principais orientadores do texto constitucional de 1988 é a instituição de uma sociedade fraterna. Curiosamente, ao longo do texto constitucional há referência à solidariedade, à dignidade da pessoa humana, mas não à fraternidade, referido apenas no preâmbulo da Carta de 1988.

Sobre o tema, Carlos Augusto Alcântara Machado bem analisa:

Contudo, o legislador constituinte pátrio, ao se comprometer com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e indicar os valores que darão concretude ao compromisso, estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa. Além de outros, especialmente, densificou a promessa do preâmbulo: a construção de uma sociedade solidária e fraterna (art.3º, I – CF). Mas qual o caminho que possibilita materializar a concretização de tais valores, e consequentemente alcançar a sociedade fraterna? A carta por ela mesma apresenta a resposta: garantindo o desenvolvimento nacional; erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo desigualdades sociais e regionais; promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (art.3º, II a IV).⁵¹⁵

515. MACHADO. Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*. Ed. Appris. Curitiba -PR. 2017, p. 143.

O próprio texto constitucional traz as chaves para a concretização dos seus objetivos. Veja-se que o direito de propriedade é relativizado, a partir da necessidade de que a propriedade realize a função social que lhe é afeta. São sugeridos programas de renda mínima e pleno emprego, bem como por outro lado a taxação de grandes fortunas e impostos sobre herança e cobranças para o uso de bens públicos. Essas medidas são opções para concretização do princípio da fraternidade para por meio da seletividade construir uma sociedade mais igual.

Nesse particular, por oportuno, é importante ainda destacar que o Princípio da Fraternidade pode ser dividido em dois eixos: a fraternidade individual e a fraternidade coletiva. Nesse eixo individual, ensina Jacob Dolinger que

Alguns de vocês já tiveram a oportunidade de tomar conhecimento das teorias de Hans Kelsen, principalmente de seu approach sobre a hierarquia das normas. E, no nosso tema de hoje, diz ele que da norma que a pessoa tem que amar seu vizinho derivam normas como ajuda-lo quando estiver necessitado e assim por diante. E se for perguntado, diz Kelsen, porque se deve amar o vizinho, a resposta será que este preceito deriva de uma norma ainda mais geral, digamos o postulado de que a pessoa deve viver em harmonia com o universo. Esta seria a norma definitiva a mais básica, cuja validade pode parecer tão óbvia que não se sente a necessidade de perguntar a razão dessa validade.⁵¹⁶

Ainda na mesma obra sobre Direito e Amor, Jacob Dolinger conclui que o bem-estar individual leva ao bem-estar coletivo e visa versa. A fraternidade, tendo o amor como pressuposto tanto se concretiza nas relações e aspectos individuais, tal como ajudar o vizinho ou quando um servidor público atende bem e com dedicação um cidadão acuado que busca um serviço público, como também as questões coletivas com políticas públicas de construção de uma escola ou hospital, por exemplo.

Vale lembrar que, em 1994, causou certa estranheza na comunidade jurídica carioca o tema da aula Inaugural da Faculdade de Direito da UERJ, a ser proferida pelo seu então professor Titular de Direito Internacional Privado Jacob Dolinger – Direito e Amor, que culminou na edição da obra citada nesse trabalho.

Conclui o professor: “Impossível deixar de voltar novamente à ética, de nosso eterno filósofo para quem amizade e amor se confundem e sobre a amizade disse ele que é ela que parece manter os Estados coesos e que os legisladores

516. DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor*. Ed. Renovar Rio de Janeiro. 2009, p.13.

se preocupam mais com ela do que com a justiça, pois quando os homens são amigos, não precisam de justiça sendo que a mais verdadeira forma de justiça é a qualidade da amizade. Gostaria de deixar essa mensagem aos jovens que estão no processo de iniciação para uma vida ligada ao direito: não há direito – que em sua essência visa garantir a justiça, como formulado por Ulpiano – sem a tolerância pelo outro e sem o respeito pelo que é do outro, não há vida individual em paz com o universo, como formulado por Kelsen, sem a compreensão pelas necessidades do coletivo e de cada membro da coletividade, mensagem de que o direito pode ser uma norma fria e até cruel quando desvestido do espírito que o vivifica, mensagem de que a convivência humana em harmonia e tranquilidade requer alma e não só norma, amizade e não só regras, que o respeito pelo alheio – base fundamental das relações humanas – não é alcançável sem o amor pelo semelhante. Nesta mensagem vão se unir as lições religiosas do judeu-cristianismo, a filosofia dos gregos e o espírito jurídico dos romanos, numa magnífica confluência de propósitos que anos cabe materializar em nossas vidas privadas e em nossa atuação profissional, trazendo nossa colaboração para uma vida erigida sobre o Direito e o Amor.⁵¹⁷

5. FRATERNIDADE E SEGURIDADE SOCIAL – SAÚDE, PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

Aqui se chega ao ponto principal objeto desse estudo: o Título VIII, da Constituição da República que trata da Ordem Social, seguido do capítulo da Seguridade Social. Lembra-se que a Seguridade Social consiste em ações que busquem efetivar direitos relacionados à saúde, previdência e assistência social (art.194 da CF).

Essas ações têm como foco garantir que a seguridade: seja universal (ou seja disponível para todos), uniforme (com paridade de forças nos municípios mais distantes do Norte, Sul, Leste e Oeste do Brasil); mas não esqueçam de observar também a seletividade e a equidade de custeio. Logo em seguida o artigo 195 da Constituição, ratifica o comando do artigo 194 referido e reforça que a seguridade será custeada por toda a sociedade.

Todo esse debate ganhou força nos últimos anos no âmbito das discussões sobre a reforma da previdência. Na disputa de mocinhos e bandidos

517. Op. p.17

(embora não se saiba ao certo quem ocupava cada um desses papéis) houve uma preocupação de apontar culpados para os desequilíbrios atuariais da previdência pública e do sistema de seguridade, que como já analisado incluem as iniciativas no campo da assistência social, em especial o benefício de prestação continuada (LOAS), regulado na Lei 8742.

Logo no início do debate uma das propostas do executivo, especialmente do Ministério da Economia, pretendia instituir o regime de capitalização na previdência pública brasileira em detrimento do regime de repartição.

Pretendia o governo implantar um regime de previdência de natureza de capitalização. Nesse regime o cidadão, segurado da previdência, tem uma espécie de conta corrente com a previdência e somente tiraria do sistema aquilo pelo qual contribuiu e com a força do que contribuiu. Veja-se a respeito reportagem da época:

Para Guedes, o sistema brasileiro de repartição – em que os ativos pagam os benefícios dos inativos – está condenado e é “uma fábrica de privilégios”, em que os mais ricos são favorecidos em detrimento dos mais pobres. Em razão disso, ele afirmou que a proposta do Executivo permite a criação no País de um sistema de capitalização individual, para que, no futuro, cada trabalhador tenha uma conta com as contribuições para aposentadoria. “Uma poupança garantida”, assegurou.⁵¹⁸

A proposta acabou sendo rejeitada ainda no âmbito das discussões que antecederam a definição do texto do projeto de emenda constitucional. Felizmente, como a ideia não evoluiu, não foi necessário o repúdio desse sistema proposto pelo mecanismo de controle de constitucionalidade. Não se entrará aqui no debate de controle de constitucionalidade de emenda constitucional, matéria própria de direito constitucional, mas se pode ousar afirmar que, tendo a solidariedade como um dos fundamentos do constitucionalismo fraternal, que ampara e sustenta os alicerces da Constituição da República de 1988, que o Supremo Tribunal Federal ao exercer sua função de Corte Suprema e defensor da Constituição, barraria tal iniciativa por violar eixo fundamental de sustentação da Carta Constitucional.

518. Fonte: Agência Câmara de Notícias, www.camara.leg.br, notícia de 8/5/2019, consulta em 11/07/2020.

6. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DEFESA DA FRATERNIDADE NO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

O Supremo Tribunal Federal já foi instado por diversas vezes a defender a Carta Constitucional sob o eixo de construção de uma sociedade fraterna e solidária. Destacamos os julgados que dão maior relevância ao tema.

1. ADI 3.128-7/DF, divisor de águas. A discussão envolvia a possibilidade de taxação pela contribuição previdenciária servidores públicos já inativos. O raciocínio era simples: já estavam aposentados e não tinham mais pretensões de usar o sistema de previdência, daí não terem mais que contribuir para o regime. Já estavam sacando o seguro social, ou seja, recebendo seus proventos de aposentadoria.

Do voto do Ministro Ayres de Brito se destaca tal como aponta Carlos é Augusto Alcântara Machado: (...) apercebi-me que a solidariedade enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em verdade, é fraternidade, aquele terceiro valor fundante, ou inspirador da Revolução Francesa, componente, portanto – esse terceiro valor -, da tríade “liberte, égalité, fraternité, a significar apenas que precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o segmento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros e assim avante.”⁵¹⁹

Fica claro no debate e nos votos que o sistema de previdência social da Constituição de 1988 é solidário, de repartição. Não há vinculação entre o que se contribui e o que se pretende retirar do seguro da previdência. É o oposto do regime de previdência capitalizada.

1. RE 827833 e RE 661256. Nesses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal confirma a tese de que o princípio da solidariedade que rege o sistema de seguridade social é amplo e volta seu olhar para a sociedade. Nesse sentido, repete e reitera que não há que se buscar qualquer correlação entre o que se contribui e o que se busca auferir de benefício em eventual preenchimento dos seus pressupostos. A Constituição de 1988 reforça e

519. ADI 3128-7/DF, www.stf.jus.br; jurisprudência, acesso em 11/7/2020. Também mencionado na obra já citada: Machado, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídica. Curitiba 2019, ed Appris.

assegura a todo momento o teor solidário e distributivo da seguridade social. Há uma rede protetiva fundada na seletividade e universalidade.

2. ARE 1039454. Nesse caso o Ministro Dias Toffoli analisa o instituto da pensão por morte e os princípios norteadores. E destaca: “A pensão por morte é benefício direcionado aos dependentes do segurado, visando à manutenção da família, no caso da morte do responsável pelo seu sustento. Trata-se, pois, de uma das mais antigas e importantes técnicas de proteção social da pessoa humana e da família, que tem como base fundamental a *solidariedade* social, sendo certo que a contraprestação dessa *solidariedade* alicerça-se no critério da necessidade. A Constituição da República, ao estatuir em seu art. 201, V, que a pensão por morte será paga aos dependentes do segurado falecido, evidencia o nítido caráter alimentar do benefício, haja vista que ao determinar que este será pago àqueles que dependiam economicamente do segurado morto está a estabelecer que sua finalidade é suprir a contribuição econômica que o finado prestava à família, possibilitando que esta, em razão da contribuição econômica recebida da *previdência* social, permaneça estruturada.”
3. ADI 6327 -DF cautelar. Em decisão monocrática de enorme relevância proferida em 12 de março de 2020, o Min Edson Fachin deferiu a liminar para extensão prazo do salário maternidade para mulheres, mães, cujos filhos nasçam prematuro. Destaco:

“Em termos legislativos, o direito à licença-maternidade evoluiu de um direito de proteção ao ingresso das *mulheres* no mercado de trabalho, para um direito materno-infantil, de proteção às crianças (v. Lei n. 8.069/90, art. 8º) e do direito à convivência destas com suas mães (e pais) e vice-versa, passando a alcançar as adoções e incrementando, ao longo do tempo, o número de dias de afastamento remunerado. Esse avanço legislativo vem acompanhado (e por vezes) precedido de discussões judiciais sobre a matéria, não sendo novidade decisões que, embora inicialmente controversas, acabam fomentando o diálogo institucional, sendo derradeiramente acolhidas pelo legislador, que se convence, então, que sua omissão não era eloquente, mas anti-isonômica. É o caso da decisão sobre a diferença – considerada inconstitucional – entre os prazos de licença-maternidade entre os filhos biológicos e adotivos (re 778889, relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-159 divulg 29-07-2016 public 01-08-2016) a questão sobre a prorrogação da licença nos casos de parto prematuro,

aliás, encontra-se em debate no âmbito legislativo por meio da PEC n. 181/2015. Subsiste, por ora, omissão legislativa quanto à proteção das mães e crianças internadas após o parto, a qual não encontra critério discriminatório racional e constitucional. Essa omissão pode ser conformada judicialmente. No caso, o reconhecimento da qualidade de preceito fundamental derivada dos dispositivos constitucionais que estabelecem a proteção à maternidade e à infância como direitos sociais fundamentais (art. 6º), e a absoluta prioridade dos direitos da crianças, sobressaindo, no caso, o direito à vida e à convivência familiar (art. 227), qualifica o regime de proteção desses direitos. (...) A doutrina da proteção integral deve ser, assim, compreendida na sua máxima efetividade, assim como o direito da criança à convivência familiar, colocando-a a salvo de toda a forma de negligência, e o dever constitucional de que percentual de recursos da saúde seja destinado à assistência materno-infantil. (...) E não se pode invocar o óbice do art. 195, § 5º: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” O benefício e sua fonte de custeio já existem. A Seguridade Social, deve ser compreendida integralmente, como sistema de proteção social que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” Ou seja, as contribuições previstas no art. 195 (e, complementarmente os impostos), à exceção daquela do art. 195, I, “a” , e do inciso II, devem ser destinadas ao tripé composto pelas ações da *previdência*, da assistência e da saúde. A proteção da maternidade, especialmente da gestante, da qual trata o salário-maternidade, encontra previsão expressa no art. 201, II, da CR, que disciplina a *previdência*. Se esta não lhe atender, a ação demandada será da saúde e/ou da assistência. Essa ausência de previsão de fonte de custeio não foi óbice para extensão do prazo de licença à adotante, como decidido no RE 778889, Relator(a):Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/03/2016, já citado.

4. Informativo 958, do STF. Há notícia de julgamento de processo em que se discute a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade. Embora o julgamento ainda não tenha se encerrado, e foi incluído em pauta virtual a partir de 26.6.2020, já é possível o destaque das seguintes constatações do voto do Min. Barroso: “Com o texto constitucional de 1988, tornou-se incontestado a natureza previdenciária do salário maternidade, nos termos do seu art. 201, II (2). Trata-se,

portanto, de benefício, e não de contraprestação pelo trabalho, o qual, ademais, não possui caráter habitual. O salário maternidade não constitui contraprestação por trabalho prestado, porque, durante a licença, a mulher não está prestando trabalho. Ela deixa de receber salário pelo empregador e passa a recebê-lo pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). O benefício também não constitui ganho habitual, pois o estado de gestação não é um estado habitual de uma mulher. No ponto, o relator citou o que decidido no julgamento da ADI 1.946. Nesse precedente, a Corte, ao interpretar o art. 14 da Emenda Constitucional (EC) 20/1998, que estabeleceu teto para os benefícios da previdência social, concluiu que esse teto não se aplicava ao salário maternidade. Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) reputou que aquela regra violava o mandamento constitucional de proteção de acesso da mulher ao mercado de trabalho. Trata-se, portanto, de precedente claro no sentido da desoneração do ônus do empregador na contratação de mulheres em geral. Ademais, admitir essa incidência importaria em permitir uma discriminação incompatível com o texto constitucional e com os tratados e documentos internacionais que procuram proteger o acesso da mulher ao mercado de trabalho e o exercício da maternidade. Isso porque, quando se onera o empregador que opta por contratar uma mulher, se desincentiva essa opção. Para o relator, a preocupação fiscal, no caso, tem de ceder a uma demanda universal por justiça, emancipação e igualdade das mulheres.”

5. RE 659051. Nesse voto sobre o reconhecimento de união entre pessoas do mesmo sexo, em voto proferido em 17/09/2013, o Ministro Dias Toffoli faz referência expressa do princípio da fraternidade. Destaco: “Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a *mulher*, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e *solidariedade*, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre

peças não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da *solidariedade* e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.”

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada mais oportuno que a elaboração dessa obra revisitando o Princípio da Fraternidade. Pela compreensão de seu conteúdo, é possível traçar um paralelo com os objetivos da Carta Constitucional na construção de uma sociedade fraterna. A seguridade social exerce papel vital na realização desse objetivo, ao desenvolver ações no âmbito da previdência, da assistência social e da saúde. A análise de casos enfrentados no campo da seguridade social e seus efeitos pelo Supremo Tribunal Federal comprova esse caminho. A reforma da previdência aprovada em 2019 é um desafio e passará pelo crivo da Corte Suprema, tendo em vista inúmeras ações já ajuizadas discutindo seus dispositivos com o olhar da previdência solidária.

Por fim, não se pode deixar de apontar que o mundo mudou em 2020. Um vírus silencioso, invisível, mas onipotente nos mostrou a fragilidade da condição humana. Independentemente de qualquer viés político, a ciência, a medicina e os governos se viram acuados por um inimigo desconhecido. A COVID-19 ceifou vidas, desestabilizou famílias e trouxe muito sofrimento. O semelhante, o fraterno passou a ser visto como uma ameaça, pela necessidade de isolamento social pelo alto risco de contágio e transmissão do vírus. Tudo isso junto com uma crise econômica sem precedentes recentes. Nesse cenário desolador a esperança surge na resposta do próximo que se voluntaria para ir às compras para um vizinho idoso, para o governo que aos trancos e barrancos desenvolve um auxílio emergencial que dentre dificuldades e erros e acertos de sua implantação buscava fazer chegar recursos aos mais necessitados. Como já explorado nesse trabalho, as manifestações concretas do princípio

da fraternidade no plano interno individual e externo coletivo são diversas. O Poder Judiciário não fica fora desse desafio, em teletrabalho a Justiça não parou. Inúmeras liminares analisando o direito sob o enfoque da fraternidade, da solidariedade e da defesa intransigente da dignidade da pessoa humana foram deferidas. Resta ainda o desafio maior de avaliar as sequelas sociais que demandarão ações mais contundentes no plano da assistência social. Por certo que já há diversos questionamentos sobre a constitucionalidade da EC 103 que instituiu a reforma da previdência e amplo campo de manejo do princípio da solidariedade e da visão fraternal do regime constitucional serão novamente objeto de mergulho pelos Ministros da Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal precisará defender o sistema de seguridade social para que sua essência universal seja preservada, especialmente no desafio da Pandemia causada pela COVID-19 que assola o mundo.

REFERÊNCIAS

DOLINGER, Jacob. *Direito e Amor*. Ed. Renovar Rio de Janeiro. 2009, p.13.

FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio constitucional da Fraternidade, seu resgate no sistema de justiça – Belo Horizonte: ed. D'Placido, 2019

JOÃO PAULO II, Papa. *Carta encíclica Sollicitudo Rei Socialis pelo vigésimo aniversário da Encíclica Populorum progressio*. Roma, 30.12.1987. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 23.06.2020

MACHADO. Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*. Ed. Appris. Curitiba -PR. 2017, p. 143.

PAULO VI, Papa. *Carta encíclica Populorum progressio sobre o desenvolvimento dos povos*. Roma, 26.03.1967. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html>. Acesso em: 23.06.2020.

PIRES. Cristiano Coelho. *O Princípio da Fraternidade e Sua Inserção na Nova Ordem Constitucional Brasileira*, Âmbito jurídico n 180, consulta em 11/6/2020, www.ambitojuridico.com.br

ADI 3128-7/DF, www.stf.jus.br; jurisprudência, acesso em 11/7/2020., também citado na obra já citada Machado, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica*. Curitiba 2019, ed Appris.

www.stf.jus.br, jurisprudência por temas e número de recurso e informativos. Acesso em 10.07.2020

O ACESSO À JUSTIÇA E O USO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS COMO MECANISMO FRATERNAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

ARNELLE ROLIM PEIXOTO⁵²⁰

MARIA DA GLÓRIA COSTA GONÇALVES DE SOUSA AQUINO⁵²¹

1. INTRODUÇÃO

Na década de 80, o Estado Democrático Brasileiro vivenciou um movimento de redemocratização que acarretou mudanças significativas na sociedade, motivado aprioristicamente pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) que assegurou a tutela de direitos e garantias fundamentais ao cidadão brasileiro, particularmente assumindo o compromisso republicano de solucionar pacificamente os conflitos, tanto no âmbito interno quanto nas relações internacionais (artigo 4º, inciso VII, da CRFB/88).

520. Advogada. Professora UNINASSAU. Professora Orientadora do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais da Universidade Federal do Ceará (UFC/BR). Pós-doutoranda em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL/ES). Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Federal do Ceará (UFC/BR). Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL/ES), revalidado pela Universidade Federal do Pernambuco (UFPE/BR). Pesquisadora do Observatório de Nacionalidades do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará (UECE/BR). Membro do Centro de Estudos da Mulher (CEMUSA) da Universidade de Salamanca(USAL/ES). Membro Efetivo da Comissão de Direitos Humanos da OAB/CE. Vice-presidente da Comissão de Políticas Públicas sobre Drogas da OAB/CE. Endereço eletrônico: arnellorolim@hotmail.com

521. Advogada. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA/BR). Pós-doutora em Direitos Humanos e em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL/ES). Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA/BR). Doutoranda em Direito Processual Civil pela Universidade de Salamanca/Espanha (USAL/ES). Investigadora no Centro de Investigação Justiça em Governança, vinculado a Faculdade de Direito da Universidade do Minho/Portugal. Vice-presidente da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem da OAB/MA. Endereço eletrônico: mgcgn@email.iis.com.br

Com o fortalecimento do sentido da cidadania assegurado pela Constituição, o cidadão brasileiro passou a se identificar como titular de direitos. A maior conscientização da sociedade sobre os direitos recém-conquistados, associada à ampliação do acesso à justiça, provocou uma explosão de litigiosidade na justiça brasileira, para a qual o Poder Judiciário não estava preparado; que resultou no questionamento do monopólio da prestação jurisdicional do Estado.

Ao logo de anos o Judiciário brasileiro tem convivido com deficiências, dentre as quais se destaca a dificuldade de responder com o devido aprimoramento e de forma célere aos inúmeros conflitos sociais e aos litígios processuais com os quais se deparou.

O excesso de formalidade associado ao desenvolvimento burocrático engendrado pelo sistema processual torna o processo lento, provocando a frustração das partes e evidenciando uma estrutura incompatível, justamente, porque evidencia a ineficiência do Estado de promover a prestação jurisdicional em um tempo razoável.

A morosidade processual se reflete no aumento da taxa de congestionamento⁵²², a qual se encontra conjecturada em números, pois em comparação com os países europeus, o Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento de processos, que gira em torno de 70%⁵²³.

O retardamento processual atravanca o sistema judiciário, calcificando o desenvolvimento adequado do processo, atrasando o pronunciamento judicial dentro de um prazo razoável e, conseqüentemente, inviabilizando o acesso efetivo à justiça.

A mais recente edição do Relatório Justiça em números, publicada no ano 2019⁵²⁴, informa que o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação.

522. A taxa de congestionamento corresponde à divisão dos casos não baixados pela soma dos casos novos e dos casos pendentes de baixa. Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente. Não se constituem por baixas as remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga/vista. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – *Relatório Justiça em Números 2010* [em linha]. Brasília, DF, 2010 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>.

523. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – *Estudo Comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional* [Em linha]. Brasília, DF, 2011 [consultado 10 janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>.

524. O Relatório Justiça em Números 2019, corresponde ao ano-base 2018. E, trata-se de um instrumento que divulga os dados oficiais e essenciais para a definição de políticas públicas para o Judiciário brasileiro. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – *Relatório Justiça em Números 2019* [Em linha]. Brasília, DF, 2019 [consultado 20 Fevereiro 2020]. Disponível na

Esses dados confirmam que existe uma demanda represada, que se encontra pendente de solução, justamente pela incapacidade de o Judiciário brasileiro atender e prestar a devida tutela jurisdicional diante do aumento exponencial de processos.

Por outro lado, as informações extraídas do *Relatório dos 100 maiores litigantes*⁵²⁵, divulgado oficialmente em março de 2011, mostraram percentuais estarranceadores no que tange a concentração de determinados segmentos com maior litigância na justiça brasileira, os quais persistem na atualidade.

Os dados também demonstraram uma primazia do setor público das esferas federal, estadual e municipal na condição de maiores litigantes na justiça brasileira, seguidos das instituições bancárias e das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, como se verifica na tabela abaixo:

Tabela 1. Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça⁵²⁶:

Rank	100 maiores litigantes por setor e justiça							
	Nacional		Federal		Trabalho		Estadual	
1	Setor Público Federal	38%	Setor Público Federal	77%	Setor Público Federal	27%	Bancos	54%
2	Bancos	38%	Bancos	19%	Bancos	21%	Setor Público Estadual	14%
3	Setor Público Estadual	8%	Conselhos Profissionais	2%	Indústria	19%	Setor Público Municipal	10%
4	Telefonia	6%	Educação	1%	Telefonia	7%	Telefonia	10%
5	Setor Público Municipal	5%	Serviços	1%	Setor Público Estadual	7%	Setor Público Federal	7%

Fonte: DPJ/CNJ (2020)

World Wide Web: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>.

525. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – *Relatório 100 maiores litigantes* [Em linha]. Brasília, DF, 2011 [consultado 10 janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>.

526. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – *Relatório 100 maiores litigantes* [Em linha]. Brasília, DF, 2011 [consultado 10 janeiro 2020]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>.

O excesso de litigância dessas instituições públicas e privadas demonstra que há um uso predatório da justiça, melhor dizendo, um mau uso da justiça brasileira, principalmente em demandas que envolvem relações consumeiristas, que acaba afetando o sistema da justiça, como pondera João Ricardo Costa⁵²⁷:

Mas nada tem sido tão danoso ao cidadão e, ao mesmo tempo, tão pernicioso ao próprio Judiciário quanto a litigância de grandes instituições públicas e privadas, notadamente as que estão submetidas à regulação, como bancos e operadoras de telefonia. Fazendo uso predatório da Justiça e ignorando direitos básicos do cidadão, valem-se do excesso de recursos judiciais. De acordo com levantamento do CNJ sobre os 20 maiores litigantes do país, mais da metade é composta por instituições bancárias. Do restante, grande parte é composta por entidades do Estado.

Desse modo, verifica-se que o uso predatório da justiça acarreta a dominação dos serviços judiciários pelas instituições públicas e privadas, emperrando a agilidade no trâmite processual.

O Conselho Nacional de Justiça, na tentativa de minimizar o contingenciamento de processos e ampliar o acesso à justiça, passou a mapear e organizar os serviços de tratamentos dos conflitos para identificar possíveis soluções.

Assim, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Resolução CNJ nº 125⁵²⁸, com o propósito de reestruturar e redimensionar o modo de atuação do Poder Judiciário brasileiro a fim de conter o congestionamento de processos judiciais em trâmite na justiça brasileira.

A política pública judiciária focalizada na Resolução CNJ nº 125/2010 tem como premissa o incentivo à utilização de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, visando, justamente à pacificação social, além de impulsionar o fenômeno da desjudicialização, a fim de estruturar uma nova etapa de acesso à justiça no Brasil, desassociado da ideia da prestação jurisdicional unicamente obtida por meio de sentença adjudicada.

527. COSTA, João Ricardo dos Santos. *O uso predatório da justiça* [Em linha]. Correio Brasiliense, Brasília, DF, 28 abr. 2014 [consultado 13 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<http://amma.com.br/noticias-1,4429,,em-artigo-presidente-da-amb-faz-criticas-ao-uso-predatorio-da-justica>>.

528. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010* [Em linha]. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 2010 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>.

Ou seja, a política exsurge na tentativa de desafogar o Judiciário brasileiro, já ineficiente. Nesse sentido, assevera Reynaldo Soares da Fonseca⁵²⁹:

Como é sabido, o exercício da jurisdição, como atividade substitutiva do Estado, resolve a disputa, o litígio, mas não elimina o conflito subjetivo entre as partes. Na maioria das vezes, incrementa ainda mais a disputa interpessoal, pois não acabam a animosidade, as mágoas e os ressentimentos. Há sempre vencedor e vencido, nos termos da Lei aplicada pelo Estado.

O panorama da Justiça brasileira no que tange a questão da morosidade e do congestionamento processual pouco se alterou no decênio 2010-2020, pois os números estarrecedores de litigiosidade, importa a dizer que, o tempo de giro do acervo é de aproximadamente 2 anos e 6 meses de trabalho ininterruptos para zerar o estoque de processos que tramitam no judiciário brasileiro⁵³⁰.

Por outro lado, o desenvolvimento das tecnologias de informação que vem sendo vivenciado pelo Brasil nos últimos tempos, tem possibilitado aos brasileiros um maior acesso à *internet*, consoante dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) 2016⁵³¹. Segundo a pesquisa, a *internet* passou a ser utilizada em 69,3% do total de 69.318 domicílios particulares permanentes do Brasil, estando disseminada em todas as 5 (cinco) grandes regiões do país⁵³². Outro dado curioso revelado pela pesquisa diz respeito a que o telefone móvel celular foi o equipamento mais utilizado para acessar a rede mundial de dados, entre a população de 10 anos ou mais de idade, o que representa um percentual de 94,6%, ou seja, um total de 109.818 mil brasileiros⁵³³. Veja-se, portanto, que o Judiciário brasileiro caminhou *pari passu* com o desenvolvimento tecnológico, na medida em que tem buscado

529. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 126.

530. Cfr. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – Relatório Justiça em Números 2019 [Em linha]. Brasília, DF, 2019 [consultado 20 fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>.

531. A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) 2016 é uma investigação, desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que busca centralizar em conjunto de informações conjunturais sobre as tendências e flutuação da força de trabalho e de temas relevantes para a compreensão da realidade brasileira. O Pnad Contínua 2016, especificamente, tratou sobre o acesso à *internet* e à televisão e posse de telefone móvel para uso pessoal.

532. Para mais informações consultar: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pnad Contínua 2016* [Em linha]. Rio de Janeiro: IBGE, 2016 [consultado em 03 fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf>>.

533. Para mais informações consultar: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pnad Contínua 2016* [em linha]. Rio de Janeiro: IBGE, 2016 [consultado em 03 fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf>>.

utilizar as ferramentas de informação como uma forma de ampliar o acesso à justiça, possibilitando ao cidadão brasileiro, o acesso aos serviços judiciais através da *internet*. A respeito das mudanças operadas pelo modelo virtual, ressalta Lima e Feitosa⁵³⁴:

A ascensão do uso das novas tecnologias da informação impõe transformações basilares na forma como o Sistema de Justiça se desenvolve e como a lei se relaciona com o ciberespaço. Não se pode medir exatamente qual o impacto destas tecnologias na autoridade e poder dos Estados, enquanto órgãos responsáveis pela elaboração, execução e fiscalização das leis, contudo estas transformações atingem níveis ainda mais básicos, na medida em que redefinem ou testam o próprio conceito de lei nacional, sua formação, evolução e aplicação.

Uma das inovações fomentadas pelo uso da tecnologia de informação no âmbito do Judiciário brasileiro são as plataformas digitais⁵³⁵ de solução de conflitos, que se constituem em ambientes virtuais, disponíveis aos cidadãos, aptas a fomentar a negociação pré-processual entre cidadãos-consumidores e empresas, através de um procedimento que se inicia com o relato do direito pretensiosamente lesado pelo consumidor e, em consequência, com o oferecimento de meios de reparação dessa lesão pela empresa, por meio de compensação mais célere, eficaz e satisfatória para ambas as partes.

2. O SISTEMA DE MEDIAÇÃO DIGITAL IMPLEMENTADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Após a instituição da Resolução CNJ nº 125/2010, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu diversas iniciativas visando o fortalecimento da política judiciária de desjudicialização dos conflitos de interesses, de modo a contribuir efetivamente com o resultado útil dos processos em trâmite na justiça brasileira, tornando mais célere o procedimento e estabelecendo medidas com foco no fortalecimento da segurança jurídica.

Contudo, as iniciativas se demonstraram insuficientes para promover uma redução significativa dos principais problemas enfrentados pelo Judiciário brasileiro e, também, que possibilitasse uma diminuição do acervo processual.

534. Cfr. LIMA, Gabriela Vasconcelos and FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Online dispute resolution* (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. Revista do Direito [em linha]. Setembro/dezembro 2016, vol. 3, nº 50 [consultado 2020-02-02], pp. 53-70. Disponível em: <file:///C:/Users/UFMA/Downloads/8360-39244-1-PB%20(1).pdf>.

535. Igualmente, se utiliza ao longo do texto, o termo plataforma *online* de solução de conflitos.

Assim, na tentativa de redimensionar o sentido da política pública judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, o Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016, através da Emenda nº 2⁵³⁶, de 08 de março de 2016, criou o Sistema de Mediação Digital para solucionar os conflitos de interesses dos cidadãos brasileiros, com o propósito de permitir a celebração de acordos, na forma virtual, entre as partes do processo que se encontrem distante fisicamente.

Através da implementação dessa iniciativa, o Conselho Nacional de Justiça fomentou o uso de plataformas digitais direcionadas ao acesso da população à *internet*, fornecendo um serviço mais acessível para o tratamento das demandas provenientes das relações de consumo. O sistema prioriza uma solução rápida do conflito, na medida em que possibilita ao consumidor buscar diretamente pela empresa, previamente cadastrada no sistema, a qual desenvolveu a relação consumeirista, com a finalidade de estabelecer um diálogo e aproximar as partes que estão em lados opostos. Desse modo, no âmbito das relações de consumo, o sistema de mediação digital permite uma aproximação entre o consumidor e as empresas, uma vez que se constitui em uma ferramenta hábil a troca de mensagens e informações entre as partes. Nas palavras de André Gomma de Azevedo⁵³⁷:

A ideia é que ao final de todo processo não seja uma sentença, mas uma solução. A proposta é que a empresa não considere o sistema de mediação digital apenas como parte do seu jurídico, mas do seu próprio marketing.

Não obstante, a implementação dessa medida se direcionou também a solução de demandas oriundas de dívidas tributárias, através do estabelecimento

536. A Emenda nº 2/2016 acrescentou o inciso X ao art. 6º da Resolução CNJ nº 125/2010, *literalim*: “Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: [...] X – criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, § 7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação; [...]”. Para mais informações consultar: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – *Emenda Nº 2, de 8 de março de 2016* [em linha]. Altera e acrescenta artigos e os anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília, DF: CNJ, 2016 [consultado 10 janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024-ba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>.

537. Para mais informações consultar: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *CNJ lança sistema de Mediação Digital para solucionar conflitos da população* [em linha]. Brasília, DF: CNJ, 2016_ [consultado_10_janeiro_2020]. Disponível na World Wide Web: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82216-cnj-lanca-sistema-de-mediacao-digital-para-solucionar-conflitos-da-populacao>>.

de acordo entre o contribuinte e as Procuradorias da União ou dos Estados, assim como, demandas relacionadas à assistência de saúde suplementar.

Em observância a diretriz prevista no inciso VII do art. 6º da Resolução CNJ nº 125/2010⁵³⁸, o Conselho Nacional de Justiça assinou termo de cooperação técnica com a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para desenvolver atividades tendentes à redução de demandas judiciais e garantir a defesa e a proteção do direito do consumidor, sobretudo porque a ANS interage com outros órgãos de defesa do consumidor, como a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor. A respeito da importância da atuação das Agências Reguladoras, ressalta Maria da Glória Aquino⁵³⁹:

As agências reguladoras também desempenham um papel substancial para a política judiciária, pois na medida em que exercem o seu poder regulamentar e de polícia administrativa, fiscalizam a prestação de serviços públicos das concessionárias e permissionárias que desempenham atividades de interesse público, além de se constituírem em um amplo canal que permite a resolução administrativa das controvérsias.

O Conselho Nacional de Justiça ainda direcionou suas ações às instituições financeiras, ao firmar outro termo de cooperação técnica com a Caixa Econômica Federal (CEF), com o propósito de promover o intercâmbio de informações que visem a redução de demandas judiciais já em curso. O que se pretende é ampliar a rede, de modo a possibilitar o engajamento de todas as instituições bancárias e, principalmente, do Banco Central.

A respeito da parceria entre o TRF 1ª Região, a Caixa Econômica Federal e o Conselho Nacional de Justiça acerca da colaboração objetivando a consolidação da cultura de pacificação social no país, Reynaldo Soares da Fonseca⁵⁴⁰ assevera:

O tempo passou. O trabalho frutificou, alcançando os contratos comerciais da Caixa Econômica Federal, as execuções de servidores públicos, os processos

538. Eis a diretriz: Resolução CNJ nº 125/2010, “Art. 6º Para o desenvolvimento dessa rede, caberá: [...] VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; [...]”

539. Cfr. AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. *Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira – a solução dos conflitos de interesses?* 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 237.

540. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 127.

referentes aos sistemas educacionais e de saúde, os executivos que envolvem especialmente os Conselhos Profissionais, a utilização de estradas federais, etc. O Sistema de Conciliação da Primeira Região (Resolução PRESI n. 2, de 24/03/2011) já implementa, hoje, a estratégia da conciliação pré-processual, hoje anunciada e consolidada pelo Novo Código de Processo Civil, que estimula a criação das câmaras de conciliação públicas e privadas no contexto da própria Administração pública e da sociedade civil.

2.1. A PLATAFORMA DE MEDIAÇÃO DIGITAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Por decorrência da criação de um sistema específico, o Conselho Nacional de Justiça concluiu no ano de 2018, a primeira etapa de elaboração da versão mais recente da plataforma de mediação digital. Dentre as principais inovações do sistema encontram-se: (i) a possibilidade de obtenção de acordos de forma virtual pelas partes que se encontrem distantes fisicamente; (ii) a troca de informação e mensagens entre as partes envolvidas no processo de mediação; e, (iii) o encaminhamento da demanda a um dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) para o agendamento de uma audiência de mediação presencial, em caso de não obtenção de acordo.

A modernização da plataforma de mediação digital é fruto do termo de cooperação celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e o Banco Central com o propósito exclusivo de diminuir o congestionamento de demandas direcionadas às instituições financeira, já que estas ocupam a posição de maiores litigantes da justiça brasileira.

3. AS PLATAFORMAS PRIVADAS DIGITAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES

O Brasil conta com a existência de diversas plataformas privadas de resolução *online* de conflitos de interesses. Contudo, não há um *site* que contemple informações unificadas de todas as plataformas existentes. Por isso, a presente pesquisa levou em consideração as plataformas mais utilizadas por consumidores brasileiros, são elas: a *resolvejá*⁵⁴¹, *Sem Processo*⁵⁴² e a *Justto* (automação de negociação de acordos)⁵⁴³.

541. Disponível na World Wide Web: <<http://www.resolveja.com/>>. Consultado 26 fevereiro 2020.

542. Disponível na World Wide Web: <<https://www.semprocesso.com.br/>>. Consultado 26 fevereiro 2020.

543. Disponível na World Wide Web: <<https://justto.com.br/>>. Consultado 26 fevereiro 2020.

A plataforma privada *resolveja* foi constituída por meio de um convênio firmado entre o Instituto Brasileiro de estudos e Gestão da Inadimplência (IBeGI) e a TIPS, uma empresa que presta serviços em diversos segmentos de bancos, financeiras, administradoras de cartão, redes de varejo, educação, telefonia e veículos.

A *resolveja* utiliza um mecanismo bem simples para possibilitar o contato com o consumidor. Através de um *chat*, o consumidor disponibiliza seus dados pessoais como nome completo, Cadastro de Pessoa Física (CPF), telefone e endereço eletrônico e, inicia o diálogo por meio de uma caixa de mensagem. Esse procedimento possibilita a consulta e a negociação de débitos com escritórios especializados em cobranças de dívidas. Interessante destacar que o Banco do Brasil⁵⁴⁴, opera suas negociações somente através da plataforma privada *resolveja* e, não é cadastrado na plataforma pública *consumidor.gov.br*, apesar de ser uma empresa que opera com a participação majoritária do capital nacional.

A plataforma *Sem Processo* é direcionada aos advogados. Ou seja, trata-se de uma ferramenta que tem por objetivo viabilizar a obtenção de acordos diretamente entre os advogados dos interessados e os departamentos jurídicos das empresas. Também por meio de um *chat*, dá-se início as tratativas. Havendo interesse em negociar, o advogado e o departamento jurídico da empresa minutam um acordo contemplando os ajustes firmados entre a empresa e o consumidor.

Por sua vez, a plataforma privada *Justto* é a que mais se distancia dos procedimentos adotados pelas plataformas *resolveja* e *Sem Processo*. Isso porque, a *Justto* é uma ferramenta constituída por um *software* com larga capacidade de automação de negociação de acordos. A interação entre os consumidores e as empresas ocorre de forma personalizada e por diversos modos: *e-mail*, SMS, *WhatsApp*, ligações telefônicas, texto para voz. Diferentemente das outras plataformas analisadas, que só utilizam o *chat* como instrumento para se estabelecer o diálogo entre os interessados, a *Justto* diversifica a comunicação entre os consumidores e as empresas fornecedoras, possibilitando o estabelecimento de acordos de forma automatizada e com a mínima interação humana. Uma vez obtido o acordo, os interessados formalizam as tratativas por meio de uma assinatura eletrônica.

544. O Banco do Brasil é a maior instituição financeira da América Latina. Constituída como sociedade de economia mista, é uma instituição, composta com 54% de participação da União brasileira.

De acordo com as informações divulgadas pelas plataformas privadas analisadas, o tempo médio de resolução dos conflitos de interesses é de 30 (trinta) dias, a depender da complexidade da negociação.

Outro ponto a se considerar diz respeito aos custos que envolvem a utilização dessas plataformas, que são muito diversificados e que levam em consideração a matéria que envolve a negociação.

O que se observa é que essas plataformas atuam independentemente da estrutura do Judiciário brasileiro. Porém este passa a ser acionado pelos consumidores e/ou empresas caso haja o descumprimento dos acordos celebrados, já que o Código de Processo Civil brasileiro prevê a possibilidade de execução para a cobrança de crédito fundado em título de obrigação certa, líquida e exigível, como o extrajudicial, que contempla dentre suas modalidades, o acordo celebrado através de instrumento de transação (Lei nº 13.105/2015, arts. 783 e 784, inciso IV).

4. A PLATAFORMA PÚBLICA DIGITAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES: CONSUMIDOR.GOV.BR

A plataforma pública digital *consumidor.gov.br* encontra-se em atuação desde 2014, sendo monitorada, gerenciada e administrada pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), a qual se encontra vinculada ao Ministério da Justiça, além de desenvolver uma cooperação técnica com os Procon's e demais órgãos que compõe o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

A criação da plataforma *consumidor.gov.br* encontra estreita vinculação com as diretrizes definidas pela Política Nacional das Relações de Consumo⁵⁴⁵, pois ao se constituir como um mecanismo *online* de solução de conflitos, assegura a observância ao princípio que traduz o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo, previsto no inciso V do art. 4º da Lei nº 8.078/1990⁵⁴⁶.

545. O inciso V do artigo 4º da Lei nº 8.078/1990 teve sua redação alterada pela Lei nº 9.008/1995, mantendo a seguinte redação: “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; [...]”. Cfr. BRASIL. – *Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990* [em linha]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990 [consultado em 25 fevereiro_2020]. Disponível_na_World_Wide_Web: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm>.

546. Também denominada Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, a plataforma visa o estímulo à resolução consensual dos conflitos de interesses provenientes das relações de consumo, possibilitando a solução desburocratizada e mais célere dos conflitos entre consumidores e empresas de todo o país⁵⁴⁷.

Os dados quantitativos da plataforma *consumidor.gov.br* são expressivos. Contando com a participação de aproximadamente quatrocentas empresas, previamente cadastradas e com mais de vinte mil usuários, também cadastrados, a plataforma digital opera como um facilitador e fomentador do diálogo entre as empresas fornecedoras e os consumidores.

A participação das empresas na plataforma *consumidor.gov.br* ocorre voluntariamente e mediante prévia adesão ao sistema, formalizado por meio da assinatura de termo específico, no qual firmam o compromisso de olvidar todos os esforços para buscar a solução efetiva dos conflitos apresentados pelos consumidores.

Várias empresas com atuação em segmentos de mercado⁵⁴⁸ diversificados participam da plataforma. Apesar do elevado número de empresas cadastradas, há que se destacar que os setores públicos brasileiros, no âmbito federal, estadual e municipal não estão cadastrados no *consumidor.gov.br*, impossibilitando que as principais demandas atinentes aos serviços fornecidos por

547. Segundo informações extraídas da página oficial *consumidor.gov.br*, as relações estabelecidas entre os consumidores, as empresas e o Estado seguem três premissas básicas, são elas: “(i) de que a transparência e o controle social são imprescindíveis à efetividade dos direitos dos consumidores; (ii) as informações apresentadas pelos cidadãos consumidores são estratégicas para a gestão e execução de políticas públicas de defesa do consumidor e, (iii) a de que o acesso à informação potencializa o poder de escolha dos consumidores e contribui para o aprimoramento das relações de consumo”. BRASIL. *Sobre o serviço* [em linha]. [Brasília, DF], *Consumidor.gov.br*, 2020 [consultado 20_Fevereiro_2020]. Disponível na World Wide Web: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>>.

548. Constam na listagem disponibilizada no sistema, os seguintes segmentos: Administradora de Consórcios; Agências de viagens; Artigos Esportivos; Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores; Bancos, Financeiras e Administradoras de Cartão; Bares, Restaurantes, Casas Noturnas e Similares; Cartões de Descontos; Comércio Eletrônico; Construtoras, Incorporadoras e Imobiliárias; Corretoras e Sociedades de Seguros, Capitalização e Previdência; Editoras; Empresas de Intermediação de Serviços/Negócios; Empresas de Pagamento Eletrônico; Empresas de Recuperação de Crédito; Energia Elétrica, Gás, Água e Esgoto; Estabelecimentos de Ensino; Fabricantes – Eletroeletrônicos, Produtos de Telefonia e Informática; Fabricantes – Eletroportáteis e Artigos de Uso Doméstico e Pessoal; Fabricantes – Linha Branca; Farmácias; Hospedagem; Hospitais, Clínicas Laboratórios e Outros Serviços de Saúde; Material de Construção, Acabamento e Ferramentas; Montadoras, Concessionárias e Prestadoras de Serviços Automotivos; Móveis e Artigos de Decoração; Operadoras de Planos de Saúde e Administradoras de Benefícios; Operadoras de Telecomunicações (Telefonia, *Internet*, TV por assinatura); Perfumaria, Cosméticos e Higiene Pessoal; Produtos Agropecuários; Programas de Fidelidade; Provedores de Conteúdo e Outros Serviços na *Internet*; Supermercados; Transporte Aéreo; Transporte Terrestre; Varejo e Vestuário, Calçados e Têxteis. Maiores informações se encontram disponíveis em: BRASIL. *Empresas participantes* [Em linha]. [Brasília, DF], *Consumidor.gov.br*, 2020 [consultado 25 Fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/empresas-participantes>>.

esses setores sejam solucionadas através da plataforma. Ou seja, trata-se de um serviço disponibilizado pelo governo federal, porém que não conta com a parceria e cooperação dos próprios setores governamentais, que constam como um dos maiores litigantes na justiça brasileira.

Sobreleva ressaltar que o procedimento da plataforma não envolve a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos, a exemplo da mediação, conciliação e arbitragem mas, funciona como um mecanismo facilitador onde o consumidor pode manifestar o seu descontentamento e insatisfação em relação a um produto ou serviço diretamente à empresa fornecedora que, por sua vez, tem a faculdade de responder à reclamação, desde que previamente comunicada. Após o exercício do direito de resposta, o consumidor procede a uma avaliação da empresa, de acordo com as classificações definidas na plataforma, observando o grau de satisfação e atendimento da reclamação gerada.

Nesse aspecto, a plataforma prioriza a transparência e a publicidade como princípios para fortalecer o funcionamento do sistema, através do comprometimento dos consumidores e empresas fornecedoras. A plataforma, ainda, disponibiliza infográficos periódicos e divulga uma classificação, através de gráficos, das empresas mais demandadas no sistema. O *ranking* é difundido no próprio *site*, considerando o índice de solução das reclamações, o índice de satisfação dos consumidores, numa pontuação entre 1 e 5; o prazo médio de resposta à demanda e o quantitativo de reclamações respondidas.

Sem dúvidas, a divulgação dos dados por essa plataforma pública permite aos consumidores traçarem um perfil com base no atendimento das reclamações pelas empresas fornecedoras, além de viabilizar uma maior fiscalização pelos órgãos de defesa do consumidor, ao mesmo passo em que permite que as empresas venham a se destacar no atendimento rápido e efetivo das reclamações demandadas pelos consumidores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível constatar com nitidez que o Conselho Nacional de Justiça conjugou diversas iniciativas para promover e alargar o acesso à justiça ao cidadão através do redimensionamento da atuação político-institucional e funcional do Poder Judiciário brasileiro, com o incentivo à conciliação e mediação e o desestímulo ao litígio.

A nova concepção do tratamento adequado dos conflitos de interesses trazida pelo CNJ encontra-se assentada numa postura institucional mais informal do Judiciário, o que possibilita maior proximidade com o cidadão brasileiro e o fortalecimento da interlocução com outros entes que desempenham funções de extrema essencialidade para o funcionamento da justiça brasileira.

A atuação menos burocrática do Judiciário, com foco na eficiência e na rápida conclusão do processo, segue a diretriz traçada pela política, que objetiva a utilização de outros mecanismos de solução de conflitos de interesses, na busca de uma solução ágil das demandas, visando atender aos anseios da sociedade.

Sendo assim, é inegável o protagonismo exercido pelas plataformas digitais, em especial, a plataforma pública *consumidor.gov.br*, na tentativa de efetivação do acesso à justiça e, também, na concretização dos direitos do consumidor, através do uso de mecanismos de solução de conflitos que se sobrepuja a mera utilização e aplicação dos métodos consensuais, a exemplo da mediação, conciliação e arbitragem.

Diante dos dados apresentados na presente investigação é evidente o avanço da cultura da desjudicialização através da utilização de mecanismos que possibilitem a concretização de direitos, como fruto do princípio republicano da fraternidade, a exemplo das plataformas digitais de solução de conflitos, principalmente, por possibilitarem a efetivação do diálogo entre os cidadãos-consumidores e as empresas, num prazo razoável.

Contudo, o processo de pacificação social perpassa pela necessidade das empresas, que participam como protagonistas dessa rede visando a desjudicialização dos conflitos, se conscientizarem acerca das infrações dos direitos do consumidor afinal, é por decorrência dessas eventuais lesões que o consumidor se vê insatisfeito e instado a buscar formas alternativas de solução de conflito de seus interesses.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. *Considerações sobre a Resolução CNJ nº 125/2010: uma avaliação política da política judiciária brasileira – a solução dos conflitos de interesses?* 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 237.

BRASIL. – Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum acadêmico de Direito Rideel*. 19ª ed. São Paulo, Rideel, 2014.

_____. **Empresas participantes** [Em linha]. [Brasília, DF], Consumidor.gov.br, 2020 [consultado 25 Fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/empresas-participantes>>.

_____. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** [Em linha]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990 [consultado em 25 Fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>.

_____. **Sobre o serviço** [Em linha]. [Brasília, DF], Consumidor.gov.br, 2020 [consultado 20 Fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). – **Emenda Nº 2, de 8 de março de 2016** [Em linha]. Altera e acrescenta artigos e os anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília, DF: CNJ, 2016 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024abaoe71c04c1fc4dbe.pdf>>.

_____. – **Estudo Comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional** [Em linha]. Brasília, DF, 2011 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>.

_____. – **Relatório 100 maiores litigantes** [Em linha]. Brasília, DF, 2011 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>.

_____. – **Relatório Justiça em Números 2010** [Em linha]. Brasília, DF, 2010 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>.

_____. – **Relatório Justiça em Números 2019** [Em linha]. Brasília, DF, 2019 [consultado 20 Fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>.

_____. – **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010** [Em linha]. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF, 2010 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf>.

_____. **CNJ lança sistema de Mediação Digital para solucionar conflitos da população** [Em linha]. Brasília, DF: CNJ, 2016 [consultado 10 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82216-cnj-lanca-sistema-de-mediacao-digital-para-solucionar-conflitos-da-populacao>>.

COSTA, João Ricardo dos Santos. **O uso predatório da justiça** [Em linha]. Correio Brasiliense, Brasília, DF, 28 abr. 2014 [consultado 13 Janeiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<http://amma.com.br/noticias-1,4429,,,em-artigo-presidente-da-amb-faz-criticas-ao-uso-predatorio-da-justica>>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pnad Contínua 2016** [Em linha]. Rio de Janeiro: IBGE, 2016 [consultado em 03 Fevereiro 2020]. Disponível na World Wide Web: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101543.pdf>>.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LIMA, Gabriela Vasconcelos and FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. **Online dispute resolution** (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias. Revista do Direito [Em linha]. Setembro/Dezembro 2016, vol. 3, nº 50 [consultado 2020-02-02], pp. 53-70. Disponível na World Wide Web: <file:///C:/Users/UFMA/Downloads/8360-39244-1-PB%20(1).pdf>.

POLICIAMENTO DE PROXIMIDADE: AS NOVAS FRONTEIRAS ENTRE FRATERNIDADE E DIREITOS HUMANOS

MARCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA⁵⁴⁹
ANDREYNNA BEATRIZ PEREIRA RODRIGUES⁵⁵⁰

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo, escrito e organizado para compor a obra intitulada “Direitos Humanos e Fraternidade: estudos em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca”, visa analisar o policiamento de proximidade pela perspectiva dos direitos humanos e pelo princípio da fraternidade, levando-se em consideração, a análise dos indicadores de intervenções, de decisões políticas, técnicas e sociais. Apresenta o prisma filosófico de interação entre a sociedade civil e as instituições policiais, sem perder de vista os índices de criminalização na cidade de São Luís/MA, mais especificamente, no Polo Coroadinho.

Para tanto, devemos partir de uma definição do termo polícia em Michel Foucault em *Segurança, Território, População*, obra na qual o filósofo define polícia como “determinada conduta que contribui para os conjuntos tecnológicos da arte de governar”. O termo, que por sua vez era designado como um número de coisas ou de ações, frise-se, não era associado a uma instituição, mas uma espécie de atribuição para e sobre pessoas e coisas.

É uma tarefa muito difícil pensar na possibilidade de dissociação do instituto policial aos fins sociais desejáveis, pois, o que se tem à frente de todo instituto

549. Advogado. Pós-Doutorando em Direito. Doutor em Políticas Pública, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Ceuma e Pesquisador do Núcleo de Estudos em Municipalidades e Direito-NEMUD/Ceuma (DGP/CNPq). Professor do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Ceuma. E-mail: marcio.aleandro@yahoo.com.br

550. Acadêmica do curso de Direito da Universidade CEUMA, Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Municipalidades e Direito-NEMUD/Ceuma (DGP/CNPq). E-mail: andreynnabeatriz6@gmail.com

de poder, que não é uma característica apenas da polícia, é a legitimação que o instituto tem diante da sociedade. Ao buscar uma definição ao termo polícia, Cretella Junior afirma que Villegas Basavilbaso indica que “a noção jurídica de polícia tem sido sempre indeterminada” e Roger Bonnard adverte que “a palavra polícia aparece numerosíssimas vezes na linguagem do direito administrativo”. E completa indicando que Vedei assinala que “polícia é um dos termos mais genéricos que existem”. Na perspectiva clássica do pensamento jurídico serviu para designar toda espécie de imposição destinada a concretizar os objetivos da sociedade política. Desde estudos iniciáticos do direito moderno, a noção de polícia administrativa estava diretamente relacionada a uma relação ao cidadão (CRETELLA JUNIOR, 1985, p. 11).

Para fim deste trabalho, utilizaremos o conceito de policiamento de proximidade também conhecido como policiamento cidadão e policiamento comunitário, termo mais restrito do policiamento de segurança pública, dedicado ao estudo do policiamento administrativo, que passou a ser utilizado no Brasil após a década de 1990, com progressivo e sistemático impacto aos padrões convencionais de policiamento administrativo admitidos pela moderna teoria das ciências policiais. Sua concepção está diretamente associada ao processo de desenvolvimento dos métodos e técnicas de abordagem e atividade policial, voltadas à solução pacífica e sustentável de resolução de conflitos e prevenção da criminalidade, como resposta ao modelo moderno de policiamento de solução de conflitos nominado na doutrina como “tolerância zero” (TEIXEIRA, 2016).

Esse modelo de policiamento surge como uma nova tecnologia, uma prática policial voltada para a eficiência, mesmo que a longo prazo, empregando o diálogo e a aproximação aos cidadãos, onde a prevenção ganha se constitui como o vértice do método de policiamento.

A expressão polícia de proximidade representa um novo paradigma que exprime a forma como se devem processar as relações entre o aparelho administrativo e a sociedade. A prevenção, por sua vez, adquire relevância e centralidade no padrão de intervenção no plano da segurança pública e se destaca como um principal fator das mudanças da nova abordagem, desenvolvendo um policiamento de proximidade voltado para o diálogo e calado na confiança entre o sistema de segurança e a sociedade civil.

A nova política pública de segurança antecede toda e qualquer intervenção do aparelho estatal em termos de segurança pública, por vezes, substituindo

a linguagem do combate à criminalidade pelo respeito aos direitos humanos e fortalecendo e consolidando a proteção à sociedade civil. Sua linguagem se insere no sistema político como um novo olhar, fundado no princípio da fraternidade, da dignidade da pessoa humana e explicitamente assegurado como princípio fundamental do Estado, visando afastar práticas de intolerância e violência ilegítima e ilegal.

Essencialmente, o policiamento de proximidade se explica através da intensa participação da sociedade civil organizada na formação da agenda e no planejamento da política pública de segurança, através dos conselhos comunitários de segurança, apresentando um caráter sofisticado e inovador, permitindo um planejamento das atividades de policiamento de forma sustentável, produzindo novos significados e novas experiências e diálogos para a prevenção de crimes, principalmente ao incorporar um novo padrão técnico de abordagem.

O modelo de policiamento de proximidade é marcado fundamentalmente por seu mecanismo de legitimidade e engajamento da sociedade civil na manutenção da ordem pública, fortalecendo o sentimento de pertencimento, intermediado pelos laços de fraternidade, permitindo uma maior efetivação de direitos fundamentais.

O policiamento de proximidade desenvolve os elos e fortalece as ações sociais, as relações interpessoais e o reconhecimento do cidadão como parte integrante do Estado. Conceitual e dialogicamente, muda as posições e as ideologias sobre a imagem e o papel da instituição policial, permitindo a construção de um novo conceito de poder de polícia administrativa, agora associado às políticas públicas, à fraternidade e aos direitos humanos.

Sua possibilidade de consolidação deve ser associada ao processo de pacificação e seus métodos devem ser pensados no âmbito da intervenção como parte fundamental do uso progressivo da força, associando os padrões tradicionais de policiamento ao policiamento de proximidade, bem como permitindo que a comunidade estabeleça uma relação de aliança e cooperação com a atividade administrativa do Estado, desenvolvendo posições de identidade e permitindo mudanças reais ao modo e aos fins do controle social exercido pelo Estado por meio do aparato policial.

Sabe-se que o policiamento de modo geral e, o policiamento de proximidade de modo específico, requerem as mudanças positivas para o Estado de Direito, com ampliação da participação da sociedade civil no planejamento político

da ordem pública e investimento na formação de um cidadão engajado com o processo de pacificação.

2. CONCEITO E PODER DE POLÍCIA

O termo polícia tem origem no vocábulo grego “*polis*”, que significa cidade, tanto “*politia*” como “*politeia*” significam guardar a cidade. Nesse sentido, o poder de polícia implicaria a força política da guarda da cidade e o papel das instituições frente a sociedade, tais concepções aparecem no período medieval com diversas acepções.

A polícia, precisa seguir as conjunções que são inerentes à sua existência e ao mundo social, elementos esses que juntos podem definir o instituto policial, percebe-se que o princípio da fraternidade é intrínseco aos elementos indispensáveis ao instituto policial, quando se fala em paz, tranquilidade e boa ordem para a comunidade, é crucial que se faça *jus* ao *modus operandi* valorados por condutas fraternas, digo, necessárias ao equilíbrio das relações sociais com garantia plena da dignidade humana e sem desigualdades. A essencialidade de tal mister se faz expressamente compreendida no preâmbulo do texto constitucional:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de **uma sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (BRASIL. 1988, *grifo nosso*)

O poder de polícia é legítimo em face dos fins desejados pela sociedade civil, tendo como principal fator a paz social e a segurança pública. Em Caio Tácito o poder de polícia como um conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais (CRETELLA JUNIOR, 1985). Em contrapartida, ao se deslocar o fim desejável, há um rompimento da legitimação inerente ao ideal buscado, fazendo com que o instituto possibilite dúvidas e insegurança.

Na mesma perspectiva, Teixeira estabelece que:

A ação policial rende em muitos casos (excesso do uso da força, desvio de conduta e corrupção) uma reputação negativa, o que contribui progressivamente para efetivação de uma crise de legitimidade. Atos de corrupção e conivência com o crime, assim como a prática criminosa para tirar proveito da situação pode ser configurada na ineficácia do controle institucional, fragilidade do controle social. (TEIXEIRA, 2016, p. 154)

Percebe-se então, a função da polícia diante dos preceitos narrados, função complexa dificilmente listada em rol exemplificativo quanto às reais ações. Na compreensão de Herman Goldstein (2003), a polícia está disponível sete dias por semana, vinte e quatro horas ao dia, para atender as necessidades dos cidadãos.

Assim, fica evidente quão instigante e inexaurível é desenvolver uma definição concreta da polícia. Cabe consignar, a indispensabilidade de procedimentos baseados no princípio da fraternidade, considerando, de antemão a cooperação mútua dos poderes públicos e da comunidade, em consonância à uma sociedade livre, justa e solidária, essência esta objetivada pela Constituição Federal.

3. POLICIAMENTO TRADICIONAL E POLICIAMENTO DE PROXIMIDADE

Tradicionalmente, as instituições policiais de policiamento administrativo são entidades previstas constitucionalmente para manutenção da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, seguindo uma lógica transcendentalmente legal tem o uso legítimo da força física de fato ou em potência como um fator basilar. Logo, o que há de primordial é a busca pela redução de incidentes e o combate à desordem, não havendo, inicialmente uma preocupação essencial com a prevenção.

A ideia do policiamento tradicional é de que a segurança pública é assunto deveras complicado e técnico que não possibilita a participação da sociedade, restando essa como paciente e sujeito das ações especializadas dos aparelhos policiais para combater e controlar a criminalidade.

O policiamento de proximidade, por sua vez, inverte esse processo de construção do afastamento metódico das instituições policiais permitindo um controle social e ampliando as possibilidades de modificação das bases conceituais e práticas recorrentes de oposição entre o universo da cidadania

e o exercício do controle social através das instituições de policiamento administrativo.

No mesmo sentido, Alves Filho (2016) ao tratar sobre o policiamento tradicional exercer uma crítica muito contundente ao padrão tradicional de policiamento ao reconhecer que não há interesse no policiamento tradicional de que o policial se envolva e engaje na rotina da comunidade, pois entende que fazendo isto, o policial será corrompido com as práticas delituosas e assim será afastado de executar sua missão satisfatoriamente.

Outro fator preponderante na concepção do policiamento tradicional é o desejo apressado por respostas aos crimes recorrentes, acreditando numa lógica de um profissionalismo e eficiência cronometrados pelo menor tempo de solução, principalmente aos crimes mais graves.

No Relatório “Sociedade civil sobre o Policiamento que a sociedade deseja”, encontramos o relato de uma experiência do estado de São Paulo, apresentando os resultados das interações da instituição de polícia administrativa com a comunidade, frisando a interação com o policiamento ostensivo e a abordagem policial:

[...]. As viaturas policiais que entram em favelas ou em bairros populares, em alta velocidade, assustando e colocando em risco as crianças é um exemplo de atuação inadequada. Outra situação que demonstraria falta de preparo dos policiais seriam as abordagens em eventos coletivos, quando os policiais revisitam pessoas ou as interrogam de modo desrespeitoso. No caso de repressão policial contra manifestações que ocorrem na cidade, os participantes consideram inadequado que policiais estejam armados com metralhadoras para conter manifestantes armados com pedras. Alguns participantes chegaram a afirmar que o policial militar é treinado para “reprender, bater e agredir, e não para ser amigo da população (FERREIRA; CUBAS, 2003, p. 17).

É possível compreender, que as críticas e análises às diretrizes de policiamento tradicional passam necessariamente pela identificação da ineficácia do sistema, de seu distanciamento da sociedade civil e dos pressupostos equivocados acerca de sua eficácia. Percebe-se que as estratégias policiais de combate à criminalidade que funcionavam no passado, não são mais eficazes, pois buscam alcançar os objetivos de um Estado autoritário.

Cumprir observar que, o policiamento de proximidade precisa ser compreendido como um padrão de policiamento que surge da necessidade sistemática

de uma nova estratégia policial, inserindo a sociedade como parte integrante do processo de pacificação.

O padrão de policiamento comunitário encontra registros entre 1914 a 1919 em Nova Iorque, quando as primeiras abordagens sobre o tema foram bem recepcionadas em detrimento de naturais modificações sociais e comportamentais coletivas.

A novidade do modelo de policiamento de proximidade despertou atenções e possibilitou inúmeros debates e posições. Nesse sentido, é possível afirmar que:

[...] é uma filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia. Baseia-se na premissa de que tanto a polícia quanto a comunidade devem trabalhar juntas para identificar, priorizar e resolver problemas contemporâneos tais como crimes, drogas, insegurança, desordens físicas e morais e em geral a decadência do bairro, com o objetivo de melhorar a qualidade geral de vida. (SILVA, 2016, p. 50).

O diálogo, o contato e a participação da comunidade com a polícia são alguns dos principais fins desejáveis dentro desse novo modelo de policiamento, ocasionando, desta forma, o rompimento do paradigma costumeiro de que a polícia é o centro e suficiente para reduzir os índices de criminalidade. Neste modelo, trabalha-se fortemente com o termo prevenção, com o intuito e ideia de uma nova atuação policial. Nas palavras de Alves Filho (2016), a polícia de proximidade é pautada na antecipação aos fatos geradores da violência dentro de sua área de patrulhamento, ou seja, identifica e previne os fatores causadores de conflito, substituindo soluções repressivas por ações preventivas.

Nesse contexto, Maurício Bohn Futryk enfatiza que:

As atuais reformas policiais veem justamente buscar uma redefinição do relacionamento entre a sociedade e a polícia, com o intuito de melhorar a qualidade dos serviços policiais. O objetivo é romper este distanciamento e hostilidade e estabelecer um estilo de policiamento fundado na integração e cooperação entre as partes. E esta construção de parceria pressupõe mudanças operacionais que maximizem a capacidade policial de identificar e solucionar problemas. (FUTRYK, 2013, p. 07)

No desenho do policiamento de proximidade o conselho comunitário exerce um papel fundamental. No Brasil, o sistema fez previsão na Diretriz nº 002/2005, de 01 de abril, publicado no Boletim Geral nº 060/2005, que aborda

tanto sobre sua administração quanto a criação dos Conselhos Comunitários de Segurança Pública – Conseg’s.

Os Conseg’s constituem um importante papel no estabelecimento do novo modelo de segurança. Eles são destinados à identificação e debate acerca dos problemas presentes na comunidade, supervisionando e levantando os pontos a serem modificados, na tentativa de ampliar a eficiência dos instrumentos de controle social, pela via preventiva e realizando o monitoramento das iniciativas, ações e diretivas com o poder público, atuando exclusivamente na atividade preventiva.

Com métodos pautados em processos democráticos, articulados a uma nova concepção de gestão da política de segurança, os Conselhos Comunitários se estabelecem com a proposta de configurar uma nova relação entre sociedade e Estado, levando em consideração o reconhecimento do cidadão e sendo este um importante contribuinte nessa nova forma de fazer política pública.

Tendo em vista o comando constitucional de que os problemas de segurança pública são responsabilidade de todos, a relevância dos Conselhos é clara e objetiva por dar um tratamento fundamental a esse quesito e principalmente descentralizar a responsabilidade das organizações policiais e do próprio Estado em matéria de prevenção da criminalidade.

Diante do que foi exposto, ficam claras as diferenças entre o policiamento tradicional e o policiamento comunitário. Podemos aludir progressões analíticas na tomada de decisões exaltadas, onde se insere um novo elemento no ciclo e estrutura de policiamento, voltada exclusivamente para a atividade preventiva.

Nesse sentido, acreditamos que um dos princípios que regem o policiamento de proximidade é o princípio da fraternidade, uma vez que, sem o processo de construção de laços de confiança e sentimento fraternal não é possível construir um novo padrão de policiamento, tornando-se um instrumento regulador de tais procedimentos.

A ideia de fraternidade possibilita igualdade, dignidade da pessoa humana e valorização do indivíduo, quesitos esses essenciais no desenvolvimento da confiança, diálogo e participação comunitária. Salientamos que, o policiamento de proximidade torna objetiva reestabelecer a conexão entre polícia e sociedade através de métodos de interatividade.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS, CRIMINALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

No plano doutrinário das políticas públicas reconhecemos a corrente do neoinstitucionalismo com destacada importância para a análise das instituições de policiamento administrativo, considerando todas as fases do ciclo e processo de políticas públicas. Marques (2013) afirma que a análise de políticas públicas é inevitavelmente influenciada direta e indiretamente pela lógica institucional.

Celina Souza (2007, p. 69), ao tratar das políticas públicas, ressalta a necessidade de diálogo sobre suas formas, processos e sujeitos. A definição clássica de política pública, aponta como sendo “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente)”.

De outro lado, Marques (2013, p.24) vislumbra a política pública como campo multidisciplinar onde tratam do conjunto de ações implementadas pelo Estado e pelas autoridades governamentais em sentido amplo, portanto, estudam porque o Estado age e como age, dadas as condições que o cercam”.

A política pública constitui um campo multidisciplinar diferenciada pelo foco e objetivos específicos. Segundo Celina Souza (2007), os estudos sobre políticas públicas buscam elucidar a natureza da política para definição de seus processos estruturando as políticas sociais no âmbito do Estado, sua origem e consequências. E, distingue as duas políticas:

[...] enquanto estudos em Políticas Públicas concentram-se no processo e em responder questões como “porque” e “como”, os estudos em políticas sociais tomam o processo apenas como “pano de fundo” e se concentram nas consequências da política, o que a política faz ou fez [...]. O ciclo da Política Pública, caracterizado por programas e ações precisa ter estruturação com métodos operacionais e sequenciais para ser possível a organização e efetivação de projetos. Assim, é definido como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituído um processo dinâmico e de aprendizado (SOUZA, 2007, p.71).

O direito tem um forte papel dentro das políticas públicas, em todos os seus ciclos: na identificação do problema, na definição da agenda para enfrentá-lo, na concepção de propostas, na implementação das ações e na análise e avaliação dos programas (COUTINHO, 2010).

É considerável, dentro das políticas públicas, pontuar as observações e distinguir os papéis que o direito dispõe diante das mesmas, que não é apenas

traduzi-las para um jargão de linguagem técnica, o direito tem o objetivo de revestir as Políticas Públicas em solenidade e cristalizar questões em que há conflitos de interesses.

A vigente Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, ampara a Segurança Pública como um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, que é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, policiais militares e corpos de bombeiros militares. Logo, é necessária a manutenção de políticas públicas que abarquem todos os sujeitos, descentralizando as funções e equilibrando-as.

A realidade brasileira é agravada pela desigualdade social que pode ser configurada como um dos seus maiores dilemas, sendo um dos problemas responsáveis pela incidência da criminalidade, dos índices de violência e do encarceramento em massa.

A velha crítica ao sistema de segurança se reforça diante da presença de facções criminosas, que estabelecem leis próprias, diga-se de passagem, uma espécie de subcultura entre os integrantes desses grupos, levando-se em consideração diversos fatores de desorganização social.

As necessidades de novas alternativas para a redução dos índices de criminalidade no Brasil precisam urgentemente de novas alternativas. Necessita-se de planejamento, comprometimento, avaliações e monitoramentos das principais políticas e intervenções, cujo processo fundamental reside na institucionalização e fortalecimento de um Sistema Único de Segurança Pública - SUSP.

A implementação de mudanças através de políticas públicas, filtradas pelo respeito aos direitos humanos e ao princípio da fraternidade, que estabeleça um processo de tratamento igualitário, possibilitando, assim, a assistência mútua com satisfação a longo prazo, visando o bem comum e bem-estar social.

É imprescindível um sistema de segurança que leve em consideração os pressupostos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem descuidar com a relevância da responsabilização criminal. Considerando, dessa forma, todos os meios necessários e imprescindíveis para resoluções de conflitos e demandas, em conformidade com as regras e os princípios norteadores do Estado de Direito, como o princípio da fraternidade, da dignidade da pessoa humana.

Essa nova diretiva pacificadora, apresentada pelo policiamento de proximidade, possibilita a solução de diversos problemas e compreende a devida

aproximação entre a polícia e os cidadãos, consolidado nos direitos e garantias constitucionais e no respeito aos direitos humanos. Assim, com base na fraternidade, é que a implementação de políticas públicas de segurança fundamentada modelo de policiamento de proximidade deve alcançar seus objetivos.

5. POLICIAMENTO DE PROXIMIDADE NO BAIRRO COROADINHO

O policiamento de proximidade, nesse sentido, surge como perspectiva de mudança da concepção de polícia enraizada culturalmente, tendo a prevenção como principal fator. Com as mudanças de padrões, modifica-se a noção de uma polícia que reprime para uma polícia pacífica e próxima do cidadão, alimentando, assim, um sentimento de segurança. A esse respeito, entende-se que a proximidade entre as polícias e a população permite que o conhecimento mútuo se desenvolva. Para que as medidas levadas à cabo pelas forças policiais, no âmbito do policiamento de proximidade sejam eficazes é necessário que exista um profundo conhecimento da realidade de modo a identificar os problemas locais e definir quais as melhores medidas a adaptar para a resolução dessas mesmas dificuldades (DAVID, 2014).

As modificações necessárias para esse processo de mudança da orientação básica do policiamento administrativo através de um modelo de policiamento de proximidade não é tarefa fácil, as dificuldades por uma nova identidade de policiamento vêm sendo registrada em diversos documentos, como os registros do Relatório de Gestão da Secretaria Nacional de Segurança Pública, ao acentuar que promover uma reforma das polícias não é uma ação tão simples de ser executada, pois não envolve apenas ações de modernização tecnológica, treinamento de policiais e reaparelhamento das organizações de segurança pública. Essa reforma pressupõe a realização de uma mudança na cultura das polícias em todo o Brasil. Esse processo é lento e complexo. Envolve uma mudança de paradigma na área de segurança pública. Porém, mesmo nesse sentido temos sinais que nos permitem identificar que as mudanças estão ocorrendo. Dessa forma, as corporações começam a entender que a segurança pública não é apenas “assunto de polícia” (BRASIL, 2008).

Dessa forma, considerado como um novo padrão fundado na reorientação de funções legítimas e manutenção da ordem pública, o policiamento de proximidade nasce como um novo padrão para a ação policial. Fundado na

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, moldada pelo princípio da fraternidade e respeito aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o sistema de segurança pública do Maranhão, desde a implantação da Unidade de Polícia Comunitário no Pólo Coroadinho, percebeu, através do diálogo com a comunidade, a importância da intervenção urbanística como um aspecto fundamental para a melhoria do espaço habitado. Todavia, as mudanças não são facilmente implantadas pois exigem uma intervenção profunda nos espaços físicos como implantação de um sistema adequado de iluminação pública, espaços reservados para ações agregadoras, lúdicas, de esporte e lazer; com a previsão de políticas de incentivo às atividades culturais, artísticas e musicais, além de uma profunda intervenção em relação aos problemas de infraestrutura.

Apesar de uma nova reorientação de condutas policiais com resultados positivos, a experiência do policiamento de proximidade no Polo Coroadinho encontra dificuldades reais decorrentes das dificuldades de associar o conjunto de intervenções necessárias para produção de resultados desejados.

Por ser composto por uma série de iniciativas de ocupação urbana irregulares no tempo e no espaço e pelas características gerais de carência e abandono por boa parte dos poderes públicos, os dados existentes nas agências estatais que atuam na área são, na maior parte das vezes, divergentes e, até mesmo contraditórios, apontando para uma grande dificuldade na obtenção de informações confiáveis que ajudem a entender a realidade da região (SANTANA JUNIOR; MIRANDA; MENDONÇA, 2005).

Os habitantes do bairro Coroadinho retratam uma visão de extrema preocupação quanto às condutas ilícitas, muito mais abrangentes quando se trata de violência. Como bem destaca Teixeira (2016, p.12): “as respostas para indagações sobre as experiências vividas, eram direcionados para outros fenômenos vividos pelos comunitários, sendo constante a preocupação com a violência delitativa vivida”.

A USC Coroadinho procurou desenvolver ações que promovesse eficiência do sistema de prestação de serviços à comunidade e exercício de cidadania, atraindo atividades do SENAI e do SENAC, oportunizando cursos técnicos profissionalizantes, além de ações de cunho ético, moral e educativo que foram produzidas para integrar a comunidade, entre elas: Cine USC, dia das crianças, ações cívicas sociais e caminhada pela paz. O fortalecimento de ações sociais produziu importantes resultados, a exemplo da identificação da

polícia como provedora e garantidora de cidadania e garantias fundamentais de uma sociedade livre e democrática (SILVA FILHO, 2016).

Na apreciação de especialistas em Segurança Pública a gestão da atividade feita pelas Unidades de Segurança Comunitária- USC'S reduziu a demanda do Centro de Integração de Operações de Segurança - CIOPS e permitiu meios de mediação de conflito através da presença de Conselho Comunitário desde 2009. Por conseguinte, a estratégia das organizações criminosas, facções vêm sendo observada em termos de bloquear o fluxo de informações entre a USC e a comunidade, na pesquisa pode-se perceber perante o diálogo com os conselheiros que estes estão sofrendo ameaças contínuas de morte e por consequência sendo afastados das atividades.

Verificamos, mediante visitas técnicas na USC do Coroadinho e da Vila Luizão, que os Conselhos não se reúnem com frequência e que os conselheiros estão cada vez mais assustados. A atividade de grupos criminosos nas comunidades vem buscando meios de neutralizar o papel dos conselhos comunitários, mediante ameaças, para que seus integrantes não participem de reuniões ou quaisquer atividades nas USC's.

O crime de estupro, após a implantação da USC, caiu de forma significativa com redução de 36,84% em 2014 e em 2015 de 66,67%; os crimes de lesão corporal dolosa também têm tendência de redução em torno de 21,05% em 2014, e em 2015 de 19,52%; os crimes de furto após a implantação da USC também diminuíram com uma redução de 29,91% em 2014, e 22,40% em 2015 e por fim os crimes de roubo, em geral, experimentam logo no ano de 2014 uma redução de 31,08% e tem um aumento de 16,76% em 2015.

Em entrevista com o comandante Raimundo Mulundú Martins Serra Junior- Major Serra acerca de informações sobre a 2º Unidade de Segurança Comunitária, localizada no Polo Coroadinho, pode-se constatar que em 2018 houve 24 prisões por tráfico de drogas, 610 conduções à delegacia e 21 mortes, tendo em média 4 mortes por mês; o efetivo operacional diário na escala de serviço é de 16 a 20 policiais por turno, onde recebem curso de promotores de polícia comunitária, multiplicador de polícia comunitária etc. ; os policiais fazem uso de 7 viaturas que rondam 24 horas e 6 motos que rondam em uma escala menor, os equipamentos de proteção usados por estes são o colete balístico e HT- rádio; os armamentos letais utilizados são a arma 75566-cardrina e armas de fogo (pistolas, fuzis, submetralhadoras) e uso de instrumentos não letais como gás lacrimogênio e spray de pimenta.

As informações indicam que, além das ameaças sofridas, existe um processo de esvaziamento dos conselhos para que estes não desempenhem seu papel de articuladores dos processos políticos decisórios na formação da política pública de segurança com vistas a intervir nas comunidades em que estão inseridos, reduzindo seu poder e influência sobre o processo decisórios. Para tanto, buscam inserir sujeitos estranhos ao processo político e incorporam no ambiente político um clima de desconfiança fortemente enraizados em uma cultura política clientelista e patrimonialista.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Visto como uma nova visão concepcional de polícia, o policiamento de proximidade é padrão estratégico que possibilita além da interação com a população local, ajuda a constituir cooperações para incremento de projetos sociais nas comunidades.

No tocante às relações entre comunidade e polícia, leva-se em consideração todos os preceitos ora respaldados, frise-se o respeito ao Princípio da Fraternidade presente em todos os lemas constitucionais, bem como nas diretrizes centrais dos Direitos Humanos. Compreende-se, portanto, a fraternidade como requisito intrínseco-constitucional, que prioriza o diálogo, a confiança e a prevenção.

Observou-se que a USC do Coroadinho teve resultados satisfatórios nos indicadores criminais, no entanto, pode-se levar em consideração à complexidade da multidisciplinaridade das causas que levam as mais variadas condutas ilícitas, levando-se em consideração a contribuição de vários fatores de interferências para possíveis reduções dos indícios criminais, o aumento da presença policial, por exemplo, tem grande influência na redução desses delitos.

As Políticas Públicas detêm um papel ímpar na condução positiva das atividades policiais, há, no entanto, um déficit desse ciclo dinâmico com o papel operacional das organizações policiais integrantes da Polícia Militar do Maranhão no tocante as comunidades locais, especialmente as que compõem o Bairro Coroadinho.

O processo de tomada de decisão, mais do que nunca, precisa estar abarcado sob um olhar fraterno e pacífico, alimentado por princípios constitucionais que comporte na instituição policial a integralidade de acertos, apreços e legitimidade comunitária,

Desse modo, para suceder melhorias no desempenho de tal função, é de suma importância que haja intervenções que possibilitem transições da atual realidade social, concedendo modelos de policiamentos que tenham interações com os cidadãos residentes, de modo que o diálogo e o comprometimento tornem-se práticas para o exercício da cidadania e da paz social. É evidente que a realidade das comunidades que necessitam de tais processamentos e do Brasil, está longe da idealização teórica de democracia, baseando-se, também, na ausência de condições mínimas de dignidade, saneamento básico e violações direitos mínimos.

Dada a importância do assunto, é indispensável o estudo dos resultados indicadores das Políticas Públicas e do Policiamento de Proximidade na cidade de São Luís-MA, especificamente no Polo Coroadinho, para elaboração de ferramentas precisas ao combate dos problemas evidenciados. É com base em todos esses pontos que haverá a possibilidade de responder, de fato, a indagação que se fez presente nos primórdios da leitura.

Cumprir a gestão e a filosofia policial de “servir a população” é atualmente à orientação principal na reforma policial, esta reforma vem trazendo transições profundas para a postura policial e mudanças substanciais do próprio funcionamento, gestão e relação entre polícia e população.

Fica evidente a necessidade que as instituições policiais apresentam de serem dotadas de novas ferramentas inteligentes de intervenções e que tenham respostas competentes às demandas sociais de segurança.

Tudo isso implica na geração e instalação de um sistema de informação, análise e inteligência policial que permita contar com um panorama geral sobre o que acontece na sociedade e que possibilite ações precisas e contundentes.

Não obstante, existe um consenso em manifestar que para ter sucesso da pacificação social é necessária uma força policial socialmente legítima que seja eficiente, responsável, transparente e respeitosa dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam; PINHEIRO, Leonardo Castro. **Violência e Vulnerabilidade Social**. In: FRAERMAN, Alicia (Ed.). *Inclusión. Social y Desarrollo: Presente y futuro de La Comunidad Ibero Americana*. Madri: Comunica. 2003.

BAYLEY, David. **PADRÕES DE POLICIAMENTO: uma análise comparativa internacional**. São Paulo: Edusp, 2006 (Coleção Polícia e Sociedade; n.1)

BLOS HEPP, Bruna Mariana; MARTINI, Sandra Regina. **O CONCEITO FRATERNIDADE: uma possibilidade para a efetivação dos Direitos Humanos.** Rio Grande do Sul: 2017.

BRASIL. **Atlas da violência.** Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf>. Acessado em: 09 de agosto de 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 10 de julho de 2020.

COUTINHO, Diogo R. **O direito nas políticas públicas.** In Marques, Eduardo; Pimenta de Faria, Carlos Aurélio, Política Pública com Campo Disciplinar. Ed São Paulo: Unesp, no prelo.

CRETELLA JUNIOR, José. **Polícia e Poder de Polícia.** Rio de Janeiro: R. Dir. Adm, 1985.

FERREIRA, Helder, CUBAS, Viviane. **Relatório Final- Sociedade Civil.** São Paulo, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População.** São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana).

FUTRYK, Maurício Bohn. **POLICIAMENTO COMUNITÁRIO: a Transição da Polícia Tradicional para Polícia Cidadã.** Rio Grande do Sul: 2013.

JORNAL IMIRANTE. **Secretário de Segurança Pública anuncia ação policial no bairro Coroadinho.** Disponível em: <<https://imirante.com/sao-luis/noticias/2018/06/25/secretario-de-seguranca-anuncia-acao-policial-no-bairro-coroadinho.shtml>>. Acessado em: 03 de abril de 2019.

MACHADO, Donavam Farias; DE JESUS, José Lauri Bueno. **POLÍCIA COMUNITÁRIA: o Paradigma de Polícia Ostensiva.** Rio Grande do Sul, 2014.

MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **A política pública como campo multidisciplinar.** São Paulo: Editora Unesp, 2013.

MARQUES, Jose Melo Archimedes. **POLÍCIA: ORDEM, FRATERNIDADE E INTERATIVIDADE PARA A PAZ SOCIAL.** Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/policia-ordem-fraternidade-interatividade-para-paz.htm>> Acesso em 08 de julho de 2020.

MEYER, J., ROWAN, B. **ORGANIZACIONES INSTITUCIONALIZADAS: la estructura formal como mito y cerimonia.** In: DIMAGGIO, P. J.; POWELL, W. W. (Comp.). El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

PAIVA, Alan. **Drogas, Crimes e Prisões.** São Paulo: Paulinas, 2019.

RELATÓRIO DE GESTÃO. **Ministério da Justiça Secretaria Nacional de Segurança Pública.** 2008

ROCHA, CARLOS VASCONCELOS. **Neoinstitucionalismo como modelo de análise para as Políticas Públicas.** Minas Gerais: Revista de Ciências Sociais, v.5, 2005.

SALMEIRÃO, Cristiano. **O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais.** São Paulo: 2013.

SANTANA JUNIOR, Horácio Antunes de. MIRANDA, Ana Caroline Pires. MENDONÇA, Bartolomeu Rodrigues. **O Polo Coroadinho: Diagnóstico preliminar.** Maranhão, 2005.

SILVA FILHO, Eurico Alves da. **Inovação na Política de Segurança Pública do Maranhão: a Unidade de Segurança Comunitária (USC)** [Tese de Doutorado – Curso Superior de Polícia. São Paulo: Academia de Polícia Militar do Barro Branco - PMSP, 2016.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS E PROGRAMAS SOCIAIS: uma reflexão sobre o conteúdo teórico e metodológico da pesquisa avaliativa.** IN. SILVA, Maria Ozanira da Silva e (coord). Pesquisa avaliativa: aspectos teóricos-metodológicos. 2ª ed. São Paulo: Veras Editora, 2013.

SOUZA, Celina. (2007) **Estado da arte da pesquisa em políticas públicas.** In: Hochman, G.; Arretche, M.; Marques, E. (Orgs). Políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz.

TEIXEIRA, Márcio Aleandro Correia. **A POLÍCIA DO MARANHÃO NO COMEÇO DO NOVO MILÊNIO: Transitando entre poder, violência e luta por direitos.** São Luís: EDUFMA, 2016.

_____. **VIOLÊNCIA E SEGURANÇA PÚBLICA: as relações entre Polícia e Sociedade.** São Luís: EDUFMA, 2016.

A RESPONSABILIDADE DO BRASIL POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS EM PIQUIÁ DE BAIXO

GLEUDSON MALHEIROS GUIMARÃES⁵⁵¹

1. INTRODUÇÃO

Houve um tempo em que as relações no mundo eram expressão unicamente da atuação dos Estados soberanos, cada um mediante ações direcionadas a resguardar o seu próprio interesse. Foi o crescimento dos intercâmbios internacionais nas mais variadas áreas: comercial, econômica, política, cultural, ambiental, saúde, etc, que levou a necessidade de se criar normas de direito internacional que passou a reconhecer direitos e obrigações internacionais por meio das convenções internacionais, dos costumes internacionais e dos princípios gerais de direito.

Esse sistema foi tradicionalmente concebido para reger as relações entre Estados, mas atualmente seu alcance foi ampliado e se ocupa inclusive das pessoas naturais quanto a aspectos ligados a proteção internacional da pessoa humana, ao reconhecer também aos indivíduos direitos e obrigações no plano internacional.

Apesar da ideia de proteção do ser humano remontar a longas datas da história da humanidade foi somente após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial que surgiu a necessidade de repensar um sistema de proteção internacional que colocasse em evidência a dignidade do homem.

Ainda assim, não são raros os fatos que revelam descumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados e que violam compromissos de direitos humanos que merecem a devida responsabilização.

551. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Especialista em Gestão Pública pela Universidade Estadual do Maranhão, Mestrando em Ciências Jurídico Políticas - Universidade Portucalense (POR) - gleudsonmalheiros@mpma.mp.br

O primeiro objetivo específico do presente artigo, é conhecer por meio da abordagem teórico conceitual o processo de internacionalização dos direitos humanos e a construção de um sistema internacional de proteção do homem.

Na segunda parte, o trabalho se volta a apresentação das violações de direitos humanos vividas em “Piquiá de Baixo”, uma pequena comunidade rural no sudoeste do Estado do Maranhão (Brasil) que foi circundada por um aglomerado industrial de empresas siderúrgicas voltadas a produção de ferro-gusa, impondo à comunidade altos índices de poluição do ar, rio e solo, causando impactos diretos na saúde, na vida e dignidade das pessoas.

Finalmente, aprofundamos o debate quanto a análise das violações em Piquiá de Baixo à luz da responsabilidade internacional do Estado brasileiro, identificando cada um dos elementos constitutivos da responsabilidade e perquirindo sobre a violação de obrigações internacionais descumpridas pelo Brasil em relação às famílias de Piquiá, especialmente aquelas que dizem respeito aos direitos humanos tendo por pano de fundo o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado.

O presente artigo, portanto, realiza uma avaliação hipotética da submissão do Caso Piquiá de Baixo ao sistema interamericano de proteção de direitos humanos tendo por norte especialmente os estudos da doutrina e jurisprudência internacionais em direitos humanos na interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, para ao final concluir quanto ao alcance das formas de reparação aplicáveis ao caso concreto, mediante imposição de justa e devida reparação a comunidade.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL

Embora tradicionalmente o direito internacional público⁵⁵² tenha sido concebido como um conjunto de normas voltadas a reger as relações entre os Estados para além de suas fronteiras, atualmente seu alcance foi ampliado, se ocupando também das relações que envolvem as organizações internacionais e especialmente das pessoas naturais quanto a aspectos ligados a proteção internacional da pessoa humana, ao reconhecer também aos indivíduos direitos e obrigações no plano internacional.

552. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9.

Com efeito, a qualificação jurídica de um certo ente como sujeito de direito internacional guarda, assim, duas conotações: uma passiva – a quem tal Direito é destinado – e outra ativa – que se traduz na capacidade de atuação no plano internacional (v.g., quando um Estado mantém relações com outras potências estrangeiras, ou quando um indivíduo peticiona a uma corte internacional de direitos humanos vindicando os seus direitos violados)⁵⁵³.

Com isso, todos aqueles destinatários diretos e imediatos das normas internacionais a quem são previstos direitos e obrigações internacionais são sujeitos do direito internacional.

Em movimento paralelo a titularidade de direitos internacionais pelo homem nasce a ideia de proteção de direitos humanos. A concepção dos direitos humanos remonta a longas datas da história da humanidade mas foi somente após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial que se tomou a consciência contemporânea da necessidade de uma proteção universal dos direitos do homem. Os abusos cometidos no período das duas guerras levaram a necessidade do homem repensar um sistema de proteção internacional que colocasse em evidência a dignidade humana.

Ensinam ACCIOLY, SILVA e CASELA⁵⁵⁴ que, no plano internacional, os primeiros documentos que iniciam um sistema de proteção internacional de direitos humanos são: o Pacto da Sociedade das Nações ao erigir direitos do homem, da mulher e das crianças; a Carta da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que inaugura a proteção internacional dos direitos dos trabalhadores; e alguns acordos internacionais para a proteção de minorias étnicas. Com eles, se inaugura a possibilidade de reivindicação de direitos contra violações praticadas pelos Estados.

No entanto, o vigente sistema global de proteção aos direitos humanos passa a ser efetivamente estruturado a partir de 1945, com a Carta de São Francisco, documento de fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) onde se enuncia a necessidade de promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, cuja positivação viria três anos mais tarde, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se torna o principal enunciado internacional de proteção dos direitos humanos. Os outros documentos internacionais que

553. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 401.

554. ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

se sucederam como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, adotados no contexto da ONU, partilharam da mesma premissa.

Certo é que a partir de então houve uma significativa mudança de paradigma sentida no direito internacional, influenciando seus próprios fundamentos, promovendo definitivamente o indivíduo como sujeito de direito internacional - posição até então questionada - e promovendo na comunidade internacional o compartilhamento de valores comuns.

Por direitos humanos se define o conjunto básico de direitos, com vocação universal, que todas as pessoas possuem. Para André de Carvalho Ramos é

O conjunto mínimo de direitos considerado essencial para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, e que ainda se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas. (...) Assim os direitos humanos asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui condições adequadas de existência participando ativamente da vida de sua comunidade⁵⁵⁵.

A internacionalização dos direitos humanos é esse longo processo histórico que culmina com o estabelecimento sucessivo de normas jurídicas internacionais de proteção, que cria um verdadeiro sistema de proteção internacional dos direitos humanos que coloca o ser humano em posição de destacada proteção e dota-o de capacidade processual para reivindicar proteção direta em órgãos internacionais.

Ao contrário dos tradicionais tratados internacionais de natureza sinagmática, isto é, onde há imposição de deveres e vantagens recíprocas, os tratados internacionais de direitos humanos não seguem esse caminho pois aqui há o interesse de proteger direitos dos indivíduos e estabelecer deveres aos Estados. Essa característica peculiar a esses tratados se denomina de regime de proteção objetivo ou unilateral dos tratados de direitos humanos.

Esse regime objetivo ou unilateral é o conjunto de normas protetoras de um interesse coletivo dos Estados, em contraposição aos regimes de reciprocidade, nos quais impera o caráter *quid pro quo* nas relações entre os Estados. Por isso, os tratados de direitos humanos possuem natureza objetiva, pois possuem obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos e da dignidade humana.⁵⁵⁶

Portanto, o regime objetivo de proteção consolida o direito internacional dos direitos humanos e obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais de todos os indivíduos que se encontrem sob sua jurisdição, seja qual for a

555. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2004.

556. RAMOS, ref. 2.

sua nacionalidade e independentemente do lugar onde ele se encontre. Ainda, para evitar qualquer concorrência entre o direito interno e o internacional foi desenvolvido então o princípio interpretativo da primazia da norma mais favorável ao homem, pelo qual a norma ser aplicada sempre será a mais benéfica ao indivíduo, seja ela interna ou internacional, sendo essa solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos.

Necessário esclarecer que os direitos fundamentais quando apresentados em plano internacional são denominados simplesmente direitos humanos e integram um sistema de proteção internacional, por meio de um conjunto de normas convencionais ou consuetudinárias.

Esse sistema de proteção internacional dos direitos humanos abrange instrumentos de proteção global e regional, que são complementares entre si. Do primeiro são exemplos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos entre outros. Na proteção regional, têm-se os sistemas europeu, interamericano e africano, delimitados por aspectos geográficos e culturais, dos quais são instrumentos a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Em comum se objetiva o monitoramento dos direitos elencados, razão pela qual são previstos órgãos competentes para conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-parte, a partir de um sistema jurisdicional de defesa dos direitos humanos onde a qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental, cabe o direito de peticionar em busca de sua jurisdição mediante a denúncia de violação dos direitos humanos fundamentais.

Apesar da construção desse sistema internacional de proteção ainda é muito comum a ocorrência de fatos violadores aos compromissos assumidos perante os direitos humanos e que merecem a devida responsabilização.

3. A COMUNIDADE DE PIQUIÁ DE BAIXO E AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Neste artigo, as violações às normas internacionais de proteção do homem são analisadas à luz do caso concreto vivido em Piquiá de Baixo, uma pequena comunidade da zona rural de Açailândia, município localizado no sudoeste do Estado do Maranhão, Brasil, região pré-amazônica, formada por cerca de 312 famílias que vivem às margens da rodovia BR-222, e do riacho Pequiá que por ali iniciaram um pequeno agrupamento de pessoas na década de 1970.

No final dos anos 1980, Piquiá de Baixo passou a ser cercada por indústrias siderúrgicas que se instalaram literalmente nos arredores da comunidade. Desde então o local foi ocupado pelas empresas Siderúrgicas Viena, Fergumar, Pindaré, Simasa e Gusa Nordeste, todas voltadas a maciça produção de ferro-gusa destinado a exportação.

A produção de ferro-gusa das empresas instaladas em Piquiá de Baixo escoava por transporte ferroviário - estrada de ferro Carajás - até o Porto do Itaqui, em São Luís, de onde embarca por via marítima para todas as partes do mundo, em especial os mercados da Ásia e Europa.

Ocorre que a produção de ferro impôs às famílias de Piquiá de Baixo severos índices de poluição do ar, rio e solo devido a emissão constante de gases, fumaças e partículas da atividade siderúrgica, causando grandes transformações no modo de viver uma vez que atividades típicas rurais como a pesca e agricultura familiar deixaram de ser viáveis diante do meio ambiente degradado. Também os moradores passaram a sofrer impactos diretos na saúde, detectável através de persistentes relatos de dor de cabeça, doenças do sistema respiratório, alergias de pele, entre outras queixas muito comuns.

A partir de 2005 a comunidade passou a se organizar por meio da mobilização popular e reivindicar por condições dignas de vida através de manifestações, bloqueios da rodovia e dos portões das siderúrgicas, audiências públicas com o poder público e sociedade civil, negociações, além de denúncias a diversos órgãos nacionais e internacionais.

Laudo Técnico realizado em 2007 atestou com evidências científicas a insalubridade da área e a inviabilidade da convivência humana com as indústrias no local em razão dos altos índices de poluição do ar, das águas superficiais e do solo.

O Ministério Público Estadual iniciou tratativas extrajudiciais em 2010 quanto a um complexo processo de reassentamento da comunidade, que consiste na transposição de todas as famílias e suas casas para uma nova localidade livre da poluição das indústrias, onde assegurado meio ambiente adequado e acesso a equipamentos sociais.

Em 2011 o caso passou a receber atenção também de organismos internacionais. A Federação Internacional de Direitos Humanos – FIDH produziu em parceria com a organização não governamental Justiça nos Trilhos o relatório *“Brasil: Quanto Valem os Direitos Humanos – Os impactos sobre os direitos humanos da indústria da mineração e da siderurgia em Açailândia”*⁵⁵⁷ sobre as

557. FIDH. GLOBAL, TRILHOS, Justiça nos. *Brasil: Quanto Valem os Direitos Humanos? Os impactos sobre os direitos humanos relacionados à indústria da mineração e siderurgia de Açailândia.*

condições de vida das famílias e os impactos da atividade industrial sobre os direitos humanos.

Em 2014 os Procedimentos Especiais da ONU e o Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos e Transnacionais e outras empresas enviaram uma comunicação oficial ao Governo brasileiro pedindo informações sobre as graves violações de direitos humanos que afetam a comunidade de Piquiá de Baixo. Em 20 de outubro de 2015 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizou em sua sede, em Whashington, D.C. (E.U.A), audiência sobre o caso Piquiá de Baixo⁵⁵⁸, onde o estado brasileiro reconheceu formalmente que as famílias ainda estão convivendo com os efeitos da poluição provenientes das atividades de mineração e siderurgia.

Também em 2015 foram publicadas as primeiras vitórias judiciais parciais da comunidade no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

A mobilização da comunidade seguiu nas mesas de negociações intermediadas por autoridades públicas e envolveu a participação do Poder Público Municipal, Estadual, Federal e empresas ligadas ao setor siderúrgico e de mineração. Até os dias de hoje o projeto de reassentamento ou transposição das 312 famílias segue em andamento, enquanto isso, as famílias de Piquiá de Baixo continuam a vida indigna no mesmo local e sem possibilidade de usufruir de um meio ambiente saudável e equilibrado, sofrendo todas as mazelas da violação de direitos humanos impactadas pela atividade industrial.

4. A RESPONSABILIDADE DO BRASIL EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA COMUNIDADE PIQUIÁ DE BAIXO

Contextualizados os fatos, cabe analisar a possibilidade de responsabilização do Brasil em razão dos fatos vivenciados em Piquiá de Baixo.

Como uma resposta a violação dos compromissos internacionais, o instituto da responsabilidade internacional é garantidor da própria ordem jurídica ao impor ao violador a reparação dos danos causados, como um limite às suas ações externas, funcionando, portanto, como um mecanismo regulador essencial às relações mútuas⁵⁵⁹. Ou seja, a responsabilidade internacional possibilita

Relatório. 104 p. Açailândia, 2011 [consult. 05 Jun 2020]. Disponível em <https://www.fidh.org/pt/americanas/brasil/9661-quanto-valem-os-direitos-humanos-os-impactos-sobre-os-direitos-humanos-da>

558. CIDH [Comissão Interamericana de Direitos Humanos]. Calendário de audiências. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/sesiones/docs/Calendario-156-audiencias-es.pdf>

559. DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa:

a manutenção do equilíbrio e da equivalência entre os Estados-membros da comunidade internacional⁵⁶⁰.

É através da responsabilidade internacional do Estado que se observa como o Direito Internacional combate as violações a suas normas e busca a reparação do dano causado.

Ademais, diante da internacionalização dos direitos humanos e o surgimento dos sistemas de proteção internacional cabe agora analisar em que consiste a possibilidade de responsabilizar o Estado Brasileiro com o sistema interamericano pela violação de direitos humanos no caso da comunidade do Piquiá de Baixo, à luz dos elementos da responsabilidade internacional e jurisprudência das cortes internacionais.

4.1 LEGITIMIDADE DA COMUNIDADE PIQUIÁ DE BAIXO

A pequena comunidade rural possui legitimidade para acionar órgãos internacionais para proteção de direitos violados, o que se admitiu a partir do regime instaurado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos que inovou na teoria da responsabilidade internacional do Estado por conferir ao indivíduo o direito de buscar reparação por violações de direitos fundamentais cometidas por seu próprio Estado.⁵⁶¹

Portanto, hoje, efetivamente, o indivíduo é sujeito de direito internacional que poderá exercer direito de petição para proteção de direitos violados, em especial aqueles representativos dos direitos humanos, tido como o conjunto básico de direitos, com vocação universal, que todas as pessoas possuem.

A legitimidade da comunidade de Piquiá de Baixo é conferida expressamente pelo art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH):

Art. 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.⁵⁶²

Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 679.

560. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.65.

561. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n. 113/118, 1998.

562. OEA [Organização dos Estados Americanos], *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

4.2 COMPETÊNCIA DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Com base nos artigos 33, 44 e 45 da Convenção Americana⁵⁶³ compete inicialmente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e depois a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos competentes do sistema interamericano, conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção.

Art. 33 São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção:

- a. a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b. a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

No caso sob exame, os petionantes são pessoas residentes em comunidade rural do Estado brasileiro e o reclamado é o próprio Brasil, país signatário da Convenção, sendo Estado Parte que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações de violações aos compromissos internacionais, logo plenamente possível o reconhecimento da competência *ratione personae e ratione loci*.

4.3 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

4.3.1 ATO ILÍCITO INTERNACIONAL

Como afirmado no art. 1º do Projeto de artigos da responsabilidade dos Estados⁵⁶⁴ todo fato internacionalmente ilícito de um estado acarreta a sua responsabilidade internacional.

Para configurar este primeiro elemento da responsabilidade internacional cabe apontar a violação de uma ou mais normas de direito internacional a fim de demonstrar que há descumprimento de compromissos internacionais, por ação ou omissão do Estado, ou seja, ato ilícito internacional.

No caso Piquiá, as violações contextualizadas anteriormente são perfeitamente enquadráveis como transgressões a normas e princípios da Convenção

563. OEA, ref. 7.

564. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [Comissão de Direito Internacional]. *Projeto de artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por fato internacionalmente ilícitos*. Haia: 2001.

Americana de Direitos Humanos. Veja que logo no preâmbulo é reafirmado que o propósito da Convenção Americana de Direitos Humanos se fundamenta no respeito aos direitos essenciais do homem (direitos humanos) seguindo a linha de vários instrumentos internacionais.

Com efeito, a situação imposta às 312 famílias de Piquiá de Baixo pelas empresas produtoras de ferro-gusa, configura grave violação a vários direitos elencados no sistema interamericano de direitos humanos, dentre os quais o direito à vida, a proteção a dignidade, a saúde, a propriedade privada e a um meio ambiente equilibrado.

O **direito à vida** é previsto no artigo 4.1 da Convenção Americana e consiste tanto na garantia de sobrevivência do ser humano no sentido de resguardo a sua existência, mas também consiste na possibilidade de exercício de uma vida com dignidade e com pleno exercício dos seus direitos.

Sobre o alcance do direito à vida, asseverou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Juan Humberto Sánchez*:⁵⁶⁵

[...] a proteção do direito à vida e dos demais direitos consagrados na Convenção Americana, se enquadra no dever estatal de garantir o livre e pleno exercício dos direitos de todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado, e requer que este adote medidas necessárias para castigar a violação da vida e de outros direitos humanos.

Ainda destacando a importância do direito à vida para desfrute de todos os demais direitos humanos, a Corte se pronunciou no Caso *Ximenes Lopes versus Brasil*:

[...] o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo constitui um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos a tal direito.⁵⁶⁶

O alcance alargado do direito à vida também foi reconhecido, por exemplo, no caso *Yakye Axa versus Paraguai*⁵⁶⁷, ao se reconhecer que a proteção a vida

565. Caso *Juan Humberto Sanchez*, C.I.D.H., sentença de 26 de novembro de 2003. Acesso em 12 jun 2020]. Disponível em <https://corteidh.or.cr>.

566. Caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, C.I.D.H., sentença de 04 de julho de 2006. Acesso em 12 jun 2020. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_por.pdf (OEA, p. 50 e 51)

567. Caso *Yakye Axa versus Paraguai*, sentença de 17 de jun de 2005. Acesso em 12 jun 2020. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr>

engloba a promoção de uma vida com dignidade e possibilidade de seu pleno exercício e acesso a benefícios sociais, a saúde, a cultura e ao meio ambiente sadio.

Por fim, acrescenta-se que a Assembleia Geral (Resolução n. 37/189A, de 1982) e a Comissão de Direitos Humanos da ONU (Resoluções n. 1982/7, de 1982, e 1983/43, de 1983), ao analisarem o alcance do Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, consolidaram o entendimento de que o direito à vida engloba o exercício pleno dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais a todos os indivíduos, povos, etnias, coletividades e grupos humanos.⁵⁶⁸

Das decisões dos órgãos internacionais se extrai que o direito à vida goza de importância fundamental para o exercício de outros direitos humanos, não cabendo enfoque restritivos, devendo ser assegurado pelo Estado um nível mínimo compatível com a dignidade humana, mediante amparo às pessoas e acesso aos bens da vida, propiciando-lhe uma vida saudável.

O **direito a integridade física** previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana é outra norma internacional de direito humano violada em Piquiá de Baixo, uma vez que a saúde dos moradores tem sido incessantemente ofendida pela emissão de partículas de ferro no ar e pelos depósitos inadequados da escória inflamável resultado da produção de ferro gusa, o que já causou lesões permanentes nas pessoas.

A esse respeito foi produzido laudo técnico que comprovou os altos índices de poluição ambiental devido a emissão constante de gases, fumaças e partículas da atividade siderúrgica. Em acréscimo também foi produzido um relatório de impactos sociais que fez o levantamento circunstanciado sobre os diversos problemas de saúde que afeta a população, sendo predominantes as doenças de trato respiratório, dos olhos e da pele diretamente relacionados a poluição ambiental.

Outra norma internacional de direito humano violada é o **direito a propriedade privada** previsto no artigo 21.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sem maior esforço interpretativo a norma protege o direito do indivíduo de usar, gozar e dispor de seus bens, em seu conceito clássico do direito civil.

568. MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Direito internacional do Meio Ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos*. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 9(1) | P. 199-242 | JAN-JUN 2013

No caso do Piquiá de Baixo resta evidenciado por meio de perícia técnica que o local onde situadas as casas dos populares se tornou impróprio para o convívio simultâneo com a produção de ferro gusa, situação que retira completamente o valor econômico desses imóveis pois desvalorizados para a venda ou aluguel, conseqüentemente priva as famílias de Piquiá do pleno direito ao uso, gozo e disposição de seus imóveis.

Por fim, registre-se ainda violação ao **direito ao meio ambiente sadio e equilibrado**. Aqui, diferentemente, não há previsão de violação a norma ambiental diretamente na Convenção Americana, mas a Corte Interamericana tem desempenhado um importante papel na proteção de direitos humanos violados por questões ambientais, de forma direta ou indireta, por entender o direito ao meio ambiente sadio como essencial aos direitos humanos, em uma progressiva tentativa de afastar a natureza de soft law⁵⁶⁹ para a proteção ambiental em âmbito internacional⁵⁷⁰ - a exemplo do Art. 11 do Protocolo de San Salvador onde inserido expressamente a garantia de acesso ao ambiente sadio no rol de direitos fundamentais a serem protegidos.

A essa técnica de proteção reflexa (ou por ricochete) do meio ambiente por via da proteção dos direitos humanos é o que se chama de *greening* ou esverdeamento dos direitos humanos.⁵⁷¹

Exemplo de esverdeamento dos direitos humanos pode ser citado no caso da *Comunidade de La Oroya vs. Peru*⁵⁷² que suscitou o descumprimento de normas ambientais como violação a direitos humanos. Nesse caso, a Comissão Interamericana recebeu a petição da comunidade de La Oroya, em razão da contaminação ambiental provocada por um complexo metalúrgico que representava violação à vida, integridade pessoal, honra, dignidade, liberdade de pensamento e expressão, garantias judiciais, todos contemplados pela Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte Interamericana inclusive deferiu medida cautelar para evitar o agravamento da poluição e admitiu o processamento da maioria das violações denunciadas.

569. Ausência de força vinculante obrigatória.

570. FERRAÇO, André Augusto Giuriatto. MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. *A função da sadia qualidade de vida a partir da ressignificação principiológica no contexto de internacionalização do Direito Ambiental*. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 5, Núm. 11, mai/ago, 2018

571. BOYLE, Alan. *Human rights and the environment: a reassessment*. in MAZZUOLLI, Valério de Oliveira e TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Direito internacional do Meio Ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos*. Revista Direito GV, SÃO PAULO 9(1) | P. 199-242 | Jan-Jun 2013.

572. Caso Comunidade de La Oroya vs. Peru, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório n.º 76/2009, de 05 de agosto de 2009. Acesso em 12 jun 2020. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Peru1473.06eng.htm>.

No caso, resta demonstrado o descumprimento de obrigações internacionais por perícia técnica ante a atividade poluidora das empresas de ferro gusa e a inadequação da atividade estatal de proteção ambiental. A ofensa ao meio ambiente sadio se reflete diretamente no direito à vida e a impossibilidade plena do exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais da comunidade de Piquiá, assim, se pode dizer que a proteção desses direitos dos seres humanos possui também pano de fundo na proteção do meio ambiente sadio.

4.3.2 IMPUTABILIDADE

A imputabilidade é o elemento da responsabilidade internacional que justifica o porquê de se atribuir determinada conduta ilícita ao Estado, portanto, o nexos causal que liga o ato danoso ao causador do ato. Na comunidade de Piquiá, as violações são imputadas ao Estado Brasileiro em razão da atuação omissiva de órgãos com função executiva e judicial, e seus agentes.

Assim como no citado caso da *Comunidade de La Oroya vs. Peru* as violações se deram em razão do descumprimento de normas ambientais e de saúde, e pela omissão do Estado, com falta de supervisão e fiscalização, o que foi confirmado pela Corte Interamericana.

A poluição causada ao meio ambiente de Piquiá inicialmente é imputado às ações das indústrias – pela teoria da responsabilidade civil vigente no direito interno - entretanto não se admite que o Estado brasileiro por seus órgãos de controle e fiscalização administrativa ambiental tolerem tantos anos de omissão em relação a violação dos direitos mínimos da comunidade, oprimindo-os do pleno exercício de seus direitos em razão da maciça poluição ambiental a que são submetidos diariamente.

Há responsabilidade direta, porque embora decorram de atos praticados por particulares é o Estado brasileiro que se omite na prevenção ou diligências.

Ademais, o socorro judicial do estado brasileiro também não andou bem porquanto se limitou a indenização parcial de prejuízos materiais e morais, sem tocar na questão da garantia de não repetição dos atos – que até hoje não cessaram – e dos interesses difusos e coletivos ambientais impactados pela ação das siderúrgicas.

Assim, o Estado brasileiro não envidou esforços por meio de seus órgãos administrativos e judiciais para fiscalizar a atividades poluidoras, punir o não

cumprimento das condicionantes das leis vigentes e reparar adequadamente os danos às famílias.

4.3.3 PREJUÍZO OU DANO

Dano é o resultado lesivo da violação de um preceito primário internacionalmente convencionado. Como vimos pela evolução da jurisprudência internacional, e em especial no tema de proteção dos direitos humanos, haverá responsabilidade internacional do Estado pela violação a direito internacionalmente protegido (dano jurídico), ainda que não haja dano efetivo.

Para os danos causados a outrem, a Convenção Americana prevê a necessidade de reparação.⁵⁷³

A Corte Interamericana de Direitos Humanos define a reparação como um conjunto de medidas que tendem a fazer desaparecer os efeitos da violação cometida.

Para a comunidade de Piquiá de Baixo - assim como para qualquer caso de reparação - a forma ideal de fazê-la seria através da restituição integral, que consiste em restabelecer as coisas a situação que existia antes do ilícito. Ocorre que os danos já causados às famílias, como os relativos a saúde e integridade física dos moradores e a alterações no modo de viver, são considerados atos de efeitos irreversíveis. Hipoteticamente, a restituição integral nesse caso também implicaria no encerramento das atividades das empresas siderúrgicas, o encolhimento da economia local e desemprego em massa de empregados das indústrias. Por isso, entende-se, no caso concreto, que a restituição integral não seria mesmo concebível.

Deve-se, então, partir para outra forma de reparação, que é a indenização. No caso, forçoso reconhecer que há elementos suficientes para a imposição ao Estado brasileiro de indenização por **danos materiais** à comunidade, tanto decorrente dos danos emergentes quanto dos lucros cessantes⁵⁷⁴. A indenização por dano emergente equivale a totalidade do prejuízo causado ao patrimônio das famílias de Piquiá de Baixo, o que, inclui no cálculo indenizatório o valor dos imóveis de cada uma das 312 famílias, uma vez que as residências se tornaram impróprios a moradia e sofreram desvalorização substancial de preço.

Os lucros cessantes se referem a tudo aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar (Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Instituto de Reeducción

⁵⁷³ OEA, ref. 7.

⁵⁷⁴ Conforme art. 31. 1 e 2 do Projeto de Convenção Sobre Responsabilidade Internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional da ONU

del Menor” versus Paraguai, acórdão de 2/9/04, § 293-294; Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala, acórdão de 19/11/04, § 74-76).⁵⁷⁵ No caso, as violações verificadas na comunidade de Piquiá impuseram o encerramento abrupto de atividades típicas de sobrevivência das famílias na zona rural, como a agricultura familiar e a pesca que eram praticadas no local. Necessário, portanto, perquirir o cálculo do *quantum* dos rendimentos futuros seriam usufruídos por cada uma das famílias em suas atividades econômicas típicas se não fosse a degradação advinda ao meio ambiente.

Também se mostra plenamente cabível a indenização das famílias de Piquiá de Baixo em razão dos **danos morais** suportados. A Corte Interamericana e a jurisprudência europeia de direitos humanos entendem que o Direito Internacional assegura a reparabilidade do dano moral advindo de violações de direitos humanos.

Por óbvio que os danos às famílias de Piquiá não são apenas de natureza patrimonial, devem ser reconhecidos os danos extrapatrimoniais como o sofrimento diário dos moradores por conviverem em condições degradantes de vida, as inúmeras queixas de saúde, dor de cabeça, alergias de pele, infecções respiratórias, irritações no olhos, desamparo social pelos órgãos estatais, a impossibilidade de gozo de um meio ambiente sadio, todos representam situações de violação a direitos de natureza extrapatrimonial e que devem ser contemplados no cálculo da indenização por danos morais devido às famílias, cujos cálculos devem ser fixados com base na equidade e por apreciação prudente da Corte⁵⁷⁶.

Independentemente das formas de reparação mencionadas é princípio geral da responsabilidade internacional do Estado a garantia de não repetição do ilícito internacional, cabendo fazer cessar imediatamente o ciclo de violações aos direitos humanos.

Como visto, a poluição sobre as famílias permanece até hoje embora há muitos anos se iniciara um longo processo de transposição das famílias do Piquiá de Baixo para uma nova área que já foi adquirida em favor da comunidade e que já iniciou as obras para o definitivo reassentamento. Assim, independente das indenizações, uma sentença da Corte Interamericana deverá

⁵⁷⁵. PETIOT, Patrick. *A responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação de direitos humanos: o pagamento de reparações*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 7, p. 129-150, dez. 2006. ISSN 1677-1419.

⁵⁷⁶. Caso Godínez Cruz versus Honduras. C.I.D.H., acórdão de 21/7/89, § 25 e Caso Castillo Páez versus Peru. C.I.D.H., acórdão de 27/11/98, § 84. Acesso em 12 jun 2020. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr>.

ainda contemplar todas as garantias financeiras e obrigações de fazer para o implemento do projeto de reassentamento da comunidade como medida de fazer cessar definitivamente os ilícitos em face das 312 famílias campesinas.

Ainda como garantia de não repetição, a responsabilidade do Brasil também deve incluir a adoção de medidas quanto ao rigoroso cumprimento e fiscalização das condicionantes ambientais previstas em lei. Não se pode admitir que as empresas continuem poluindo inadvertidamente o meio ambiente daquela localidade mesmo porque o Estado brasileiro possui responsabilidade com os direitos difusos afetados e não apenas com as 312 famílias de Piquiá.

Por fim, ainda se pode falar em uma última forma de reparação à comunidade que seria a satisfação. Atualmente a satisfação possui definição elástica e abrange várias medidas de fórmula flexível visando a efetiva reparação no caso concreto que vai desde dar satisfação dos seus erros perante a comunidade, o reconhecimento das violações, o arrependimento e pedido de desculpas formal, como também outras obrigações de fazer ainda não abrangidas pela restituição e indenização⁵⁷⁷, como no presente caso a obrigação de transposição das famílias e de implementar rigoroso cumprimento da fiscalização ambiental.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de internacionalização dos direitos humanos, surgido especialmente após os abusos cometidos no período das duas guerras mundiais, levaram a elaboração de um sistema de proteção universal dos direitos do homem por meio de sucessivas normas jurídicas internacionais que coloca o ser humano em posição de destaque e impõe compromissos aos Estados, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, dentre tantos outros.

Não obstante, ainda é comum o desrespeito aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados, em especial pela violação de direitos humanos.

É o que se apresentou na comunidade de Piquiá de Baixo, uma pequena vila rural do interior do Maranhão, no Brasil, formada por 312 famílias, que foi cercada por indústrias siderúrgicas produtoras de ferro gusa e que impõe às famílias do bairro severos índices de poluição do ar, rio e solo, com emissão

⁵⁷⁷. Conforme art. 37. 1 e 2 do Projeto de Convenção Sobre Responsabilidade Internacional do Estado da Comissão de Direito Internacional da ONU.

constante de gases, fumaças e partículas sólidas em suspensão, cujo pó de ferro chega a cobrir os telhados, os móveis das casas e inevitavelmente atinge o próprio meio de vida da comunidade, além de provocar danos irreversíveis a saúde da população ao longo de 30 anos de atividades industriais e que perduram até hoje.

Ao submeter hipoteticamente os fatos vividos em Piquiá ao sistema jurídico de proteção regional interamericano se conclui claramente pela presença dos elementos configuradores da responsabilidade internacional do Brasil. Isso porque, no caso, há violação às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos - direito à vida, à integridade física, à propriedade privada e ao meio ambiente sadio e equilibrado - do qual o Brasil é signatário; também, as condutas são imputáveis ao estado brasileiro em razão da sua significativa omissão na fiscalização e adoção de medidas de prevenção e repressão; por fim, as condutas produziram danos de diversas espécies aos moradores, que afetam não apenas o patrimônio e a saúde das famílias, mas também o seu modo de viver dignamente, de produzir suas riquezas e de gozar do meio ambiente adequado.

Com efeito, poderá a comunidade atingida peticionar ao sistema de proteção de direitos humanos pela responsabilidade internacional do Brasil a fim de buscar a integral reparação dos direitos violados que, ao nosso sentir, vai muito além das indenizações por danos materiais e morais, pois deverá contemplar também medidas de satisfação e as garantias do estado brasileiro para não repetição dos ilícitos. Razão pela qual a condenação do Brasil também deverá contemplar a obrigação de fazer a efetiva conclusão do projeto de reassentamento das famílias em local adequado e ainda a obrigação de implementar medidas para rigoroso cumprimento e fiscalização das indústrias de Piquiá frente as condicionantes ambientais previstas em lei.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ACCIOLY, Hildebrando. SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOYLE, Alan. *Human rights and the environment: a reassessment*. in MAZZUOLLI, Valério de Oliveira e TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Direito internacional do Meio Ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos*. Revista Direito GV, São Paulo 9(1), p. 199-242, Jan-Jun 2013.

CIDH [Comissão Interamericana de Direitos Humanos]. *Calendário de audiências*. [consult. 20 Jun 2020]. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/sesiones/docs/Calendario-156-audiencias-es.pdf>

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick e PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FERRAÇO, André Augusto Giuriatto. MORAES, Gabriela Garcia Batista Lima. *A função da sadia qualidade de vida a partir da resignificação principiológica no contexto de internacionalização do Direito Ambiental*. Revista Culturas Jurídicas, Vol. 5, Núm. 11, mai/ago, 2018.

FIDH. Global, TRILHOS, Justiça nos. *Brasil: Quanto Valem os Direitos Humanos? Os impactos sobre os direitos humanos relacionados à indústria da mineração e siderurgia de Açaíândia*. Relatório. 104 p. Açaíândia, 2011 [consult. 05 Jun 2020]. Disponível em [LOPES, Sammy Barbosa. *A responsabilidade internacional do Brasil por violações a direitos humanos pela atuação do crime organizado no estado do Acre*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.](https://www.fidh.org/pt/americas/brasil/9661-quanto-valem-os-direitos-humanos-os-impac-tos-sobre-os-direitos-humanos-da-LENZA, Pedro. <i>Direito Constitucional Esquemático</i>. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.</p>
</div>
<div data-bbox=)

LUNA, Maria Cecília de Carvalho Silva. *Responsabilidade Internacional do Brasil por descumprimento ao direito fundamental à educação: uma análise qualitativa*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Itaúna, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Público: Parte Geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *Direito internacional do Meio Ambiente e o greening da convenção americana sobre direitos humanos*. Revista Direito GV, São Paulo 9(1), p. 199-242, Jan-Jun 2013.

OEА [Organização dos Estados Americanos]. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969 [consult. 12 jun 2020]. Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [Comissão de Direito Internacional]. *Projeto de artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por fato internacionalmente ilícitos*. Haia: 2001.

PETIOT, Patrick. **A responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação de direitos humanos: o pagamento de reparações.** Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 7, p. 129-150, dez. 2006. ISSN 1677-1419.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos sistemas de apuração de violação de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis** – teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Cristina Figueiredo Terezo; ALVES, Raysa Antonia Alves; LIMA, Tamires da Silva. **A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o princípio da precaução.** Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 8, n. 3, set./dez. 2018 (p. 287-312).

SANTIAGO, Marta Cristina Jesus. **A responsabilidade internacional na proteção das florestas.** Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU. Belo Horizonte, ano 14, n. 79, jan. - fev. 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Atlas, 2002.

SOLANO, Indra Rojas. **Responsabilidade Internacional do Estado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

SOUSA, F. DAS C.; VACOVSKI, E.; SOARES, F. DA S. **Piquiá da Conquista: a vitória dos de baixo contra os gigantes de ferro.** Revista Observatório, v. 3, n. 2, p. 417-453, 1 abr. 2017.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção dos direitos humanos.** Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, 2009.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **O Direito ao Meio Ambiente sadio: a proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Villa Rosalba, Año 1, Nº 2, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos.** Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Brasília, n. 113/118, 1998.

A SUPERVISÃO DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DOS CASOS BRASILEIROS (1998-2019)

RENATA CALDAS BARRETO⁵⁷⁸

VALÉRIA JANSEN DE CASTRO⁵⁷⁹

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos evoluiu⁵⁸⁰ significativamente após a Segunda Grande Guerra, em reação aos horrores nela vivenciados (TRINDADE, 2015, p. 16-18; MARTINS, 2013, p. 100; MAZZUOLI, 2012, p. 829). Forja-se, nesse contexto, a partir de uma preocupação de cunho prospetivo, a compreensão de que é necessário estabelecer parâmetros universais mínimos de proteção aos seres humanos no intuito de que não se repitam as graves violações ocorridas⁵⁸¹.

578. Doutoranda em Direito - Universidade de Lisboa (UL), Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (UFMA) e Advogada. E-mail: renatacaldasbarreto@gmail.com

579. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Maranhão, e-mail: valjansenc@gmail.com

580. A ideia aqui apresentada de evolução não se refere a uma modificação crescente e linear do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois, como próprio da história, essa alteração comporta avanços, retrocessos e estagnações, reflexos do contexto social, político e econômico de cada época. Caracterizando-se, ainda, por continuidades e rupturas, vez que “o tempo verdadeiro é, por natureza, um *continuum*. É também perpétua mudança. ». (BLOCH, 1964, p. 05.) No original: « (...) ce temps véritable est, par nature, un continu. Il est aussi perpétuel changement. ».

581. Não há, entretanto, uma certeza quanto aos rumos possíveis que a sociedade pode seguir, pois, adverte STOLLEIS: “(...) O futuro é o mais desconhecido. Contém mais surpresas do que poderíamos imaginar. Em suma: não é possível definir o futuro baseado no passado. Simultaneamente sabemos, sobretudo da educação das crianças, que a única forma de aprender baseia-se na experiência. Os humanos conseguem lidar discursivamente com as suas experiências adquiridas em relação à organização de estruturas legais e institucionais, decisivas e de proteção. Não há regresso possível, mas o caminho para seguir em frente – para o futuro – apenas é possível com a ajuda das experiências adquiridas no passado.” (2016, p. 87-88).

A concepção de soberania nacional redesenha-se e o indivíduo consolida-se no âmbito do Direito Internacional como sujeito de direitos. Um dos conseqüências ao Pós-Segunda Guerra é, no plano normativo, o aprendizado de valorização universal do ser humano, inclusive em face do próprio Estado⁵⁸².

O processo de internacionalização dos direitos humanos tem como marco a Carta das Nações Unidas de 1945 e aperfeiçoa-se, paulatinamente, com a sistematização de sucessivos diplomas, mecanismos e jurisdições internacionais, organizados de forma a gerar maior eficácia na atuação protetiva aos direitos humanos, buscando-se harmonizar, aprimorar e efetivar os parâmetros jurídicos existentes.

Como reflexo desse desenvolvimento, forma-se o Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos, que é identificado a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948, ao qual foram incluídos o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 (MARTINS, 2013, p. 101-102).

A partir de 1998, o sistema global que contava apenas com parâmetros normativos e agências fiscalizadoras (comitês e comissões), passou a contar também com uma instância jurisdicional, a Corte Penal Internacional (VIEIRA, 2002, p. 17).

O propósito de fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos ensejou a construção dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, paralelos ao sistema universal (PIOVESAN, 2014). O primeiro deles foi o Sistema Europeu de Direitos Humanos, que teve por marco normativo a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1953; após, surgiu o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, no ano de 1978; e, em 1986, tendo por preceito legal a Convenção Africana de Direitos do Homem e dos Povos, funda-se o Sistema Africano de Direitos Humanos (MARTINS, 2013, p. 103-106).

As diferenças regionais implicaram a necessidade de que, para melhor atuação, o sistema protetivo aos direitos humanos estivesse atento às peculiaridades das regiões em que estava inserido.

582. A formação de um sistema normativo que tem por objetivo estabelecer regras de conduta, minimamente aceitáveis, no contexto de uma comunidade é condicionada pelas experiências por ela conhecidas. O Direito, como construção humana, é, em alguma medida, reflexo dos fatos socialmente vivenciados. Nessa perspectiva, Freitas sublinha que “O Direito Internacional não se encontra apartado da vivência dos Estados e dos demais sujeitos de Direito Internacional, pelo que na análise das normas jurídicas internacionais não nos podemos alhear de um estudo histórico e político, uma vez que a interpretação do ordenamento jurídico internacional tem de ser feita do ponto de vista histórico” (2012, p. 42).

Embora tenha havido questionamentos iniciais contra a instauração de sistemas regionais de direitos humanos, especialmente por parte das Nações Unidas com sua ênfase na universalidade, os benefícios de se contar com tais sistemas são hoje em dia amplamente aceitos. Países de uma determinada região frequentemente têm um interesse compartilhado em proteger os direitos humanos naquela parte do mundo, e existe a vantagem da proximidade no sentido de influenciar reciprocamente seu comportamento e de assegurar a concordância com padrões comuns, coisa que o sistema global não oferece. (HEYNS; PADILLA; ZWAAK, 2006).

Além de valorizar as especificidades das regiões para as quais está voltado, o sistema bifásico de proteção afigura-se mais eficaz por viabilizar melhor fiscalização quanto à sujeição à preeminência dos direitos humanos, a partir dos parâmetros jurídicos estabelecidos universal e regionalmente. HEYNS; PADILLA; ZWAAK indicam que:

A existência de sistemas regionais de direitos humanos permite adotar mecanismos de cumprimento que se coadunam melhor com as condições locais do que o sistema de proteção global, universal. Uma abordagem mais judicial do cumprimento pode ser apropriada, por exemplo, a uma região como a Europa, enquanto uma abordagem que abra espaço também para mecanismos não judiciais, como comissões e revisão de pares, pode ser mais apropriada a uma região como a África. (2006).

Nessa perspectiva, os sistemas regionais vêm se consolidando, gradativamente, como complementares ao sistema universal protetivo aos direitos humanos. “Adotando o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais” (PIOVESAN, 2000, p.110).

O acesso à justiça internacional pode ser percebido em diferentes níveis desse processo de internacionalização dos direitos humanos. No presente trabalho, a pesquisa teve como ponto de partida as demandas brasileiras perante o sistema regional americano que, submetidas à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), tiveram reconhecida a responsabilidade do Brasil, analisando-se qual o atual estágio do processo de cumprimento das referidas sentenças condenatórias pelo Estado brasileiro.

A metodologia utilizada consistiu na realização de pesquisa documental e, por meio de um estudo qualiquantitativo, analisaram-se dados pertinentes

à responsabilização internacional do Brasil perante a Corte IDH. Foram considerados os julgamentos concluídos no lapso temporal do período entre a aceitação pelo Brasil da jurisdição contenciosa da Corte IDH, em 1998, até dezembro de 2019, o que resultou na identificação de oito condenações do Estado Brasileiro na seara internacional regional protetiva aos direitos humanos.

Além disso, integraram o arcabouço de estudo as Resoluções de Supervisão de Cumprimento de Sentença (RSCS) emitidas pela Corte IDH em relação aos casos contenciosos brasileiros, visando compreender o atual estágio de cumprimento de sentença nos referidos casos.

A pesquisa apresentada visa contribuir para a percepção da importância do fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, voltando o olhar ao processo de execução das sentenças proferidas pela Corte IDH em face do Estado brasileiro.

2. O CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS NO SISTEMA INTERAMERICANO

Tencionar uma resposta da jurisdição internacional como via adequada de tratamento do conflito existente indica pretensão de realização de justiça, e não simplesmente de pronúncia de uma decisão. Resta necessário, assim, que a decisão prolatada seja efetivada, através de seu pleno cumprimento. Relacionando a justiça à execução das sentenças, Trindade sustenta que

O cumprimento das reparações ordenadas pelo Tribunal em suas decisões é a materialização da justiça para o caso concreto e, por conseguinte, da jurisdição. (...) A efetividade das Sentenças depende de sua execução. O processo deve tender à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial mediante a aplicação adequada de dito pronunciamento. (2007, p. 52-87).

Analisar como se realiza o cumprimento das sentenças proferidas pela Corte IDH numa perspectiva procedimental torna-se, desta forma, de fundamental importância.

A Corte IDH é considerada um tribunal supranacional interamericano cujas decisões possuem natureza jurídica de sentenças internacionais, vez que, conforme Mazzuoli (2014, p. 98), “as decisões de tribunais internacionais não são oriundas de um Estado estrangeiro, mas sim de organizações internacionais”. Prosseguindo na mesma linha de pensamento, Trindade esclarece que: “Suas sentenças não são ‘sentenças estrangeiras’, e sim sentenças internacionais que

os Estados demandados têm que acatar e cumprir diretamente, sem necessidade de homologação.” (2017, p. 44-45)⁵⁸³.

Após o julgamento de um caso pela Corte IDH em que haja a responsabilização internacional do Estado Parte, segue-se o cumprimento da sentença proferida⁵⁸⁴, que se caracteriza por ser definitiva e inapelável⁵⁸⁵. A CADH, em seu artigo 68, disciplina que:

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.
2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

O dispositivo normativo acima transcrito permite uma margem de liberdade de atuação para o Estado Parte, em virtude da porosidade dos conceitos empregados, ao inespecificar a forma de cumprimento da sentença internacional, exceto no que se refere à indenização compensatória. Trata-se, no dizer de Ramos, de “tarefa do Estado escolher o meio de execução, que em geral depende do tipo de órgão imputado (por exemplo, se judicial ou não) e de seu status normativo” (2018, p. 428).

O ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de normas específicas para o cumprimento de sentenças proferidas pela Corte IDH. Assim, a depender da natureza das obrigações determinadas pela Corte IDH, ter-se-ão diferentes formas de cumprimento.

As principais fundamentações relativas ao dever de reparação encontram-se no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁸⁶ e no art. 63.1 da CADH⁵⁸⁷, dos quais se infere o dever de reparação às vítimas.

583. No original: “Sus sentencias no son ‘sentencias extrajeras’, y sí sentencias internacionales, que los Estados demandados tienen que acatar y cumplir directamente, sin necesidad de homologación.”.

584. Em hipótese de condenação do Estado brasileiro pela Corte IDH, posto não se tratar de sentença estrangeira, desnecessária a homologação da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça conforme impõe o artigo 105, inciso I, alínea ‘i’, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

585. Artigo 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969)

586. Art. 8º. Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

587. Art. 63.1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade

Convém referir que no Sistema Interamericano não se encontram expressamente previstas classificações das medidas reparatórias utilizadas pela Corte IDH, sendo regra geral que o cumprimento das obrigações proferidas nas sentenças seja realizado voluntariamente pelo Estado condenado, independente da modalidade obrigacional.

No que tange às reparações de caráter pecuniário, caso o cumprimento da sentença não seja realizado de forma espontânea, deve ser disponibilizada às vítimas a possibilidade de execução forçada contra o Estado. Porém, no tocante às reparações que não sejam objetivamente de natureza monetária, identificam-se entraves que sofrem incisiva influência de plúrimos fatores: jurídicos, institucionais, orçamentários, informais e externos (ANZOLA, SANCHÉZ, URUEÑA, 2017, p.141).

Excepcionalmente, no tocante às compensações pecuniárias, estas podem ser realizadas de acordo com o processo interno de execução de sentença contra o Estado, segundo dispõe o art. 68.2 da CADH, quando não adimplidas voluntariamente pelo Estado. No Brasil, esse procedimento segue o estabelecido pelos artigos 534 e 535 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Em relação ao instrumento utilizado para cumprimento desse tipo de obrigação, percebe-se não haver constância por parte do Estado brasileiro, de modo que, com base nas oito condenações internacionais sofridas pelo país no período analisado (1998-2019), observa-se que os pagamentos indenizatórios foram realizados ora mediante Decreto, como nos casos Ximenes Lopes e Escher; ora mediante ordens bancárias, como nos casos Garibaldi e Gomes Lund, conforme se observa nos Relatórios de Supervisão de Cumprimento de Sentença (RSCS) referentes a cada caso, a serem adiante analisados.

A ausência de uniformidade pode indicar vulnerabilidade ao efetivo cumprimento desse tipo de reparação, levando-se em consideração fatores políticos. “Para os países das Américas, deixar para a esfera política a definição do conteúdo das condenações gerais nas sentenças da Corte Interamericana seria assegurar a impunidade e a falência do seu Sistema de Proteção”, conforme salienta Sales (2013, p. 34). Por outro lado, com base no princípio da primazia da norma mais favorável, mostra-se como uma alternativa que tende a ter efetividade superior.

violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

A existência de regras expressas e mais detalhadas acerca da forma do cumprimento da obrigação é capaz de gerar maior segurança jurídica, a fim de evitar que fatores políticos se tornem entraves à efetividade das sentenças que ainda se encontram em fase de cumprimento, bem como em relação a futuras condenações. (TRINDADE, 2017, p. 31-33). A partir da compreensão da necessidade de construção normativa específicas para a execução das sentenças internacionais, Trindade adverte:

As vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte Interamericana declarado um direito – quanto ao mérito do caso, ou reparações *lato sensu*, - ainda não têm inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação. (1999, p. 184).

A “teoria da coalizão pró-cumprimento”, que trata, em síntese, do alinhamento que deve existir entre as pautas dos Poderes Executivo e Legislativo a fim de facilitar o cumprimento das obrigações internacionais (MAGALHÃES; SOARES; VASCONCELOS, 2017, p. 235), pode ser uma via de alteração do atual panorama nacional de resistência.

2.1 O MECANISMO DE SUPERVISÃO DO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte IDH tem a obrigação de enviar, anualmente, informes à Organização dos Estados Americanos (OEA) acerca do cumprimento das sentenças por si proferidas. Assim, torna-se imprescindível que o tribunal estabeleça um mecanismo para exercer a supervisão da efetivação das sentenças.

A competência para exercício do monitoramento das sentenças é alvo de críticas baseadas na compreensão de que tal função seria uma expansão de poderes que o próprio Tribunal determinou para si. Nesse sentido, Perrone assinala que:

Em outras circunstâncias a Corte utilizou um argumento similar para estabelecer uma nova forma de jurisdição que não estava presente nos seus poderes originais: a de supervisão de sentenças. O Panamá alegou que a Corte IDH não teria jurisdição para realizar esse tipo de exame, essa supervisão de sentenças – uma espécie de procedimento executório, sem os efetivos poderes dados a uma execução. Por seu lado, os magistrados asseveraram que tinham competência, pois o poder de “monitorar” o cumprimento de sentenças seria

inerente ao poder de julgar. Por possuírem competência para julgar os limites da sua própria competência (*compétence de la compétence/ kompetenz-kompetenz*) podiam “decidir os limites de seus poderes implícitos”. Toda Castán corretamente identificou que essa não parece ser a melhor aplicação da doutrina da *compétence de la compétence/ kompetenz-kompetenz*. Efetivamente, a teoria mais aceita seria a de que as Cortes possuem poderes para decidir se uma competência em particular pode ser exercida em um caso concreto, em uma ocasião que se apresenta frente a esse tribunal específico. (2019, p. 317)

O Tribunal interamericano considera a supervisão das sentenças como uma faculdade inerente ao exercício de suas faculdades jurisdicionais e encontra fundamento jurídico nos artigos 33, 62.1, 62.3 e 65 da Convenção, bem como no artigo 30 do Estatuto da Corte.

Apesar da ausência de uma determinação expressa na CADH indicando a Corte IDH como competente para realização desse acompanhamento, a necessidade de realização de informes anuais pode ser compreendida como uma justificativa para a competência do tribunal internacional para exercer o aludido monitoramento, conforme dispõe o art. 69 do seu Regulamento.

As supervisões de cumprimento resultam em resoluções que trazem uma síntese das principais informações apresentadas pela Comissão IDH, pelas vítimas e pelo Estado, bem como o entendimento da Corte IDH quanto ao compromisso do Estado em cumprir as reparações às quais o Estado Parte foi condenado. Ao final, o tribunal interamericano posiciona-se apontando quais medidas podem ser consideradas pendentes de cumprimento, descumpridas, parcialmente ou totalmente cumpridas.

A análise que a Corte IDH realiza na supervisão de cumprimento de sentença resulta numa classificação que indica em que situação se encontra a efetivação da condenação, podendo ser: descumprimento, cumprimento parcial e cumprimento total. Salienta-se que “reduzir a análise a três categorias de avaliação de cumprimento – descumprimento, cumprimento parcial, cumprimento total – como faz a Corte IDH, implica no risco de perder as nuances de um processo complexo.” (NASSAR; BACELAR, 2017, p. 220).

Além disso, para Ferreira; Neves; Pacheco (2017, p. 347) é preciso considerar que “o impacto do SIDH vai muito além do cumprimento efetivo de todas as medidas de reparação editadas pelas sentenças da Corte IDH”. Cumpre referenciar que o comportamento e as ações positivas que os Estados desempenhem com o objetivo de implementarem as reparações também devem ser levadas em consideração, principalmente quando em análise aquelas de caráter não

pecuniário, pois demonstram o efeito simbólico que as sentenças da Corte IDH produzem para além do grau de cumprimento que a Corte IDH objetivamente avalia (FERREIRA; NEVES; PAHECO, 2017, p. 348).

3. O ESTADO BRASILEIRO E A CORTE IDH: QUAL A SITUAÇÃO RELATIVA AO CUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS?

No estudo aqui apresentado, analisaram-se onze resoluções de supervisão de cumprimento de sentença (RSCS) emitidas pela Corte IDH relativas aos casos brasileiros tratados perante a jurisdição internacional interamericana que obtiveram como deslinde jurisdicional o pronunciamento da responsabilidade do Estado brasileiro em situações de violações a direitos humanos.

Referidas resoluções serviram de principal parâmetro para a compreensão do estágio atual de cumprimento das sentenças dos casos em que o Estado brasileiro foi condenado, uma vez que se trata do documento oficial emitido pela Corte IDH a respeito da temática analisada.

No período examinado, iniciando no ano de 1998 e finalizando em 2019, o Brasil obteve (08) oito condenações em casos submetidos à jurisdição do Tribunal interamericano, sendo eles apresentados, em seguida, sucintamente, enfatizando-se o estágio de cumprimento das sentenças proferidas.

Numeração do caso	Denominação	Data de envio à Corte IDH	Situação de julgamento perante a Corte IDH	Reconhecimento da Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro
12.879	Vladimir Herzog e outros	22 de abril de 2016	Sentença de 15 de março de 2018	Sim
12.728	Povo Indígena Xucuru e seus membros	16 de março de 2016	Sentença de 05 de fevereiro de 2018	Sim
11.566	Favela Nova Brasília	19 de maio de 2015	Sentença de 16 de fevereiro de 2017	Sim
12.066	Fazenda Brasil Verde	06 de março de 2015	Sentença de 20 de outubro de 2016	Sim
11.552	Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)	26 de março de 2009	Sentença de 24 de novembro de 2010	Sim
12.478	Sétimo Garibaldi	24 de dezembro de 2007	Sentença de 23 de setembro de 2009	Sim

12.353	Arley José Escher e outros	20 de dezembro de 2007	Sentença de 06 de julho de 2009	Sim
12.237	Damião Ximenes Lopes	1º de outubro de 2004	Sentença de 04 de julho de 2006	Sim

Fonte: elaborada pelas autoras, com base nas informações divulgadas oficialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos através de seu sítio eletrônico

3.1.1 CASO XIMENES LOPES

O primeiro caso no qual o Brasil teve reconhecida a sua responsabilização internacional por violação aos direitos humanos foi o caso 12.237, denominado de Caso Damião Ximenes Lopes por ter se originado do fato ocorrido em 04 de outubro de 1999, na Casa de Repouso Guararapes, localizada na cidade de Sobral, no Estado do Ceará, que teve como vítima fatal, por maus tratos e ausência de supervisão médica, o Sr. Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental.⁵⁸⁸

Conforme sentença prolatada em 04 de julho de 2006, a Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do Estado com relação às violações do art. 1º (dever de respeitar os direitos), do art. 4º (direito à vida), do art. 5º (integridade pessoal), do art. 8º (garantias judiciais) e do art. 25 (proteção judicial), todos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A primeira RSCS foi emitida em 02 de maio de 2008 e identificou o cumprimento pelo Estado brasileiro das medidas de reparação referentes à publicação da sentença e do pagamento das indenizações por danos material e imaterial (CORTE IDH, 2008). Na segunda RSCS, emitida em 21 de setembro de 2009, a Corte IDH concluiu pela pendência do cumprimento relativo à conclusão da investigação penal e ao desenvolvimento de políticas públicas e programas de formação e capacitação de profissionais (CORTE IDH, 2009).

Por último, em 17 de maio de 2010, através de nova RSCS, o tribunal interamericano manteve o entendimento de pendência de cumprimento dos itens abordados na resolução anterior. Dessa forma, atualmente, o procedimento de supervisão de sentença ainda se encontra em aberto, classificado como de cumprimento parcial (CORTE IDH, 2010).

588. CIDH. Informe No. 38/02, Admisibilidad, Petición 12.237, Damião Ximenes Lopes, Brasil, 09 de octubre de 2002. Disponível: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Brasil.12237.htm>. Acesso em: 09 jun 2019.

3.1.2 CASO ESCHER E OUTROS

A proteção da privacidade e o direito de liberdade de associação fundamentam o pleito à jurisdição internacional nesse caso. Fora relatado que integrantes de organizações sociais (ADECON e COANA) tiveram suas linhas telefônicas ilegalmente interceptadas e monitoradas pela Polícia Militar, nos meses de abril e junho de 1999, no Estado do Paraná.

Através da sentença judicial, datada de 06 de julho de 2009, a Corte IDH reconheceu a responsabilidade internacional do Estado brasileiro no que diz respeito às violações ao art. 1º (dever de respeitar os direitos), ao art. 8º (garantias judiciais), ao art. 11 (direito à honra e à dignidade), ao art. 16 (direito à liberdade de associação) e ao art. 25 (proteção judicial) da Convenção Americana.

A primeira RSCS é datada de 14 de maio de 2010, na qual basicamente a Corte IDH esclarece entendimento quanto a não existência de erro material na respectiva sentença, após indicação nesse sentido realizada pelo Estado brasileiro (CORTE IDH, 2010a).

Posteriormente, na RSCS de 19 de junho de 2012, o tribunal interamericano entendeu que o Estado brasileiro ao cumprir os resolutivos 7º (pagamento de indenização por dano imaterial, conforme Decreto n.º 7.158/10), 8º (publicação da sentença), 9º (investigação dos fatos) e 10º (pagamento de custas e gastos, conforme Decreto n.º 7.158/10), cumpriu integralmente a sentença. Em razão disso, o caso foi considerado encerrado e arquivado (CORTE IDH, 2012).

3.1.3 CASO SÉTIMO GARIBALDI

Esse caso referiu-se à situação envolvendo conflitos agrários, em que trabalhadores rurais “sem terra” haviam ocupado a Fazenda São Francisco, localizada na cidade de Querência do Norte, no Estado do Paraná. Em razão dessa ocupação, os proprietários da fazenda contrataram um grupo de aproximadamente 20 (vinte) homens para expulsarem as famílias do local. A violenta ação ocorreu na madrugada de 27 de novembro de 1998 e resultou na morte de Sétimo Garibaldi, segundo informações apuradas pela Comissão IDH.⁵⁸⁹

589. CIDH. Informe No. 33/01, Admisibilidad, Caso 12.478, Sétimo Garibaldi, 24 de diciembre de 2007. Disponível em: <<http://www.cidh.org/demandas/12.478%20Setimo%20Garibaldi%20Brasil%2024%20diciembre%202007%20ESP.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2020.

A submissão do caso à Corte IDH levou à condenação do Estado brasileiro, em 23 de setembro de 2009, pelas violações aos artigos 1º (dever de respeitar os direitos), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da CADH.

Verifica-se que na RSCS, de 22 de fevereiro de 2011, foi considerada cumprida a medida de reparação referente à obrigação de publicar a sentença. No tocante à investigação eficaz dos fatos e à reparação dos danos materiais e imateriais, bem como dos custos e gastos, concluiu-se pela pendência de cumprimento (CORTE IDH, 2011).

Por fim, na RSCS, de 20 de fevereiro de 2010, a Corte IDH identificou que houve o cumprimento total referente ao pagamento de indenizações de danos material e imateriais, bem como custas e gastos - pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República mediante ordens bancárias de 16 de março de 2011 (CORTE IDH, 2012a).

Entretanto, permaneceu a pendência no que diz respeito à conclusão de investigações dos fatos com apresentação de resultados satisfatórios. Dessa forma, considerou-se o cumprimento parcial da sentença, permanecendo em aberto o procedimento de supervisão.

3.1.4 CASO GOMES LUND E OUTROS

Também denominado de “Caso Guerrilha do Araguaia”, o caso Gomes Lund e outros vs. Brasil foi a primeira condenação internacional do Estado brasileiro relacionada a violações ocorridas no contexto sociopolítico do regime ditatorial militar brasileiro, mais especificamente à atuação das Forças Armadas em face de pessoas que eram consideradas opositores políticos do Estado que estavam situados na região do Araguaia, no Estado do Tocantins e organizavam-se em grupos com a intenção de mobilizar a população local contra o regime militar.⁵⁹⁰

As ações se concentravam nos municípios de São Domingos do Araguaia, São Geraldo do Araguaia, Brejo Grande do Araguaia, Palestina do Pará, todos no estado do Pará; bem como nos municípios de Xambioá e Araguatins, no estado do Tocantins, e teria resultado em assassinatos, desaparecimentos forçados e prática de tortura, entre os anos de 1972 e 1975. Durante esse período, mais de 60 pessoas desapareceram e seus familiares permaneceram

590. CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010.

sem informações acerca das circunstâncias de seus desaparecimentos, bem como sobre a localização de seus restos mortais⁵⁹¹.

Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença em desfavor do Brasil e o condenou pelas violações aos seguintes artigos da CADH: 1º (dever de respeitar os direitos humanos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (integridade pessoal), 7º (liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial).

Esta demanda teve apenas uma RSCS, emitida na data de 17 de abril de 2014, a partir da qual a Corte IDH considerou que o Estado brasileiro cumpriu totalmente as medidas referentes às obrigações de publicar a sentença, conforme estabelecido; de notificar familiares acerca das indenizações possíveis; de apresentação de documentação referente à data de falecimento das pessoas indicadas na sentença; e de criação da Comissão Nacional da Verdade solicitada pelas vítimas (CORTE IDH, 2014).

No que concerne às obrigações de busca, sistematização e publicação de maiores informações acerca da Guerrilha do Araguaia; do pagamento das indenizações relativas aos danos materiais e imateriais, bem como da reintegração de custos e gastos (mediante ordens bancárias) a Corte considerou que houve cumprimento parcial.

No que diz respeito às medidas de reparação relativas à condução de investigação penal, à determinação do paradeiro das vítimas desaparecidas, ao tratamento médico e psicológico às vítimas; à realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional, à implementação e ao desenvolvimento de programa de direitos humanos no âmbito das Forças Armadas, à tipificação do desaparecimento forçado, à convocatória de familiares para identificação de vítimas, foram pontos considerados pendentes de cumprimento.

3.1.5 CASO FAZENDA BRASIL VERDE

O caso lança luzes numa realidade socioeconômica brasileira negligenciada, a de existência de escravidão contemporânea e trabalho forçado. Os fatos que originaram a demanda perante o Sistema Interamericano se referem à

591. Cf. Denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2019/denuncia_mpf_caso_arildo_valadao.pdf. Acesso em 12 de março de 2020.

existência de trabalho em condições análogas à de escravo de trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, situada no Estado do Pará, em 1988, incluindo o desaparecimento de dois adolescentes que trabalhavam no local.

O julgamento realizado pela Corte IDH, em 20 de outubro de 2016, condenou o Estado brasileiro pelas violações aos artigos 1º (dever de respeitar os direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 7º (liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), 19 (direitos da criança) e 25 (proteção judicial) da CADH.

Em 22 de novembro de 2019, a Corte IDH divulgou a primeira RSCS referente ao caso, considerando que o Estado brasileiro havia cumprido totalmente as medidas de reparação referentes à publicação e divulgação da Sentença e seu resumo oficial, bem como ao pagamento, aos representantes das vítimas, dos montantes fixados na Sentença a título de reembolso de custas e gastos (CORTE IDH, 2019).

Contudo, decidiu manter em aberto o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença para posterior análise das medidas de reparação no tocante ao reinício das investigações para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis; à adoção de medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas; e ao pagamento dos montantes fixados na Sentença, a título de indenização por dano imaterial, a 56 (cinquenta e seis) vítimas ou a seus sucessores.

3.1.6 CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA

A situação apresentada a tratamento pela Corte IDH, no presente caso, refere-se à prática de tortura, violência sexual e morte de moradores da região de habitação popular denominada Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro, entre os anos de 1994 e 1995. Narra-se que os assassinatos e as violações ocorreram durante operações policiais realizadas na Favela, que justificaram a realização de investigações através da Polícia Civil do Rio de Janeiro e de uma Comissão de Investigação Especial estabelecida pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Como falhas de atuação do Estado brasileiro, apontam-se a exclusão das violações sexuais do arcabouço fático a ser investigado e, ainda, o não

esclarecimento das mortes ocorridas, que, por consequência, ocasionaram a ausência de punição dos responsáveis pelos atos violentos perpetrados.

A Corte IDH prolatou sentença em 16 de fevereiro de 2017, concluindo pela condenação do Estado brasileiro por violação aos seguintes dispositivos da CADH: art. 1º (dever de respeitar os direitos), art. 2º (dever de adotar disposições de direito interno), art. 5º (integridade pessoal), art. 8º (garantias judiciais) e art. 25 (proteção judicial); bem como aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A primeira RSCS referente ao Caso Favela Nova Brasília foi emitida em 30 de maio de 2018, na qual o tribunal interamericano considerou o cumprimento total da obrigação de restituição ao Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas. Já com relação aos demais pontos resolutivos da sentença, verificou-se a pendência de cumprimento (CORTE IDH, 2018).

Em 07 de outubro de 2019, o Tribunal interamericano emitiu nova RSCS, a partir da qual analisou exclusivamente a medida de reparação referente à publicação e divulgação da respectiva sentença e seu resumo oficial. Assim, declarou como cumprimento parcial em relação a essa medida de reparação, vez que não houve a observância de prazos e da divulgação na página eletrônica do Governo do Estado do Rio de Janeiro (CORTE IDH, 2019a).

Ao final, manteve o procedimento em aberto para a análise em resolução posterior das demais medidas de reparação estabelecidas na sentença, as quais estão relacionadas à continuação das investigações, aprimoramento legislativo e fomentação de políticas públicas.

3.1.7 CASO POVO INDÍGENA XUCURU

O direito de propriedade coletiva dos povos indígenas é discutido pela Corte internacional nesse caso. Refere-se, especificamente, à denegação do direito à propriedade ao povo indígena Xucuru em razão da demora no processo de demarcação de seu território ancestral e da ineficácia da proteção judicial destinada a garantir seu direito à propriedade. A demarcação do território da etnia Xucuru, localizado no Estado de Pernambuco, região nordeste do Brasil, foi objeto de tratamento processual que se iniciou em 1989 e foi homologada em 30 de abril de 2001.

Entretanto, o direito conquistado não foi devidamente efetivado, motivando demanda perante a Corte IDH que, através da sentença proferida

em 05 de fevereiro de 2018, identificou que o Brasil violou dispositivos da CADH, quais sejam: art. 1º (dever de respeitar os direitos), art. 8º (garantias judiciais), art. 21 (direito à propriedade) e art. 25 (proteção judicial).

No que concerne ao presente caso, em 22 de novembro de 2019, foi emitida RSCS na qual se verifica a análise acerca do cumprimento da obrigação de publicação da sentença e resumo oficial. Considerou-se que houve o cumprimento total dessa medida de reparação, mantendo em aberto o mecanismo de supervisão para a análise das demais medidas estabelecidas (CORTE IDH, 2019b).

Desse modo, as medidas de reparação referentes à garantia do direito de propriedade coletiva, de maneira imediata e efetiva; à conclusão do processo de saneamento do território indígena Xucuru; ao pagamento das quantias fixadas a título de indenização por dano imaterial; e ao pagamento das quantias fixadas a título de custas, ainda serão objeto de análise do Tribunal Interamericano.

3.1.8 CASO VLADIMIR HERZOG

Por fim, o Caso Vladimir Herzog ensejou a mais recente condenação do Estado brasileiro no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Refere-se a mais uma situação envolvendo grave violação a direitos humanos ocorrida durante o período ditatorial brasileiro, traduzida na detenção arbitrária, tortura e posterior morte do jornalista Vladimir Herzog, fatos aos quais se acrescenta a falta de investigação e punição dos responsáveis por parte do Estado brasileiro.

A Corte realizou o julgamento do caso em 15 de março de 2018, proferindo sentença condenatória ao Brasil pelas violações aos artigos 1º (dever de respeitar os direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 5º (integridade pessoal), 8º (garantias judiciais) e art. 25 (proteção judicial) da CADH e, também, aos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Com relação à fase de supervisão de cumprimento de sentença, não se tem ainda a disponibilização de RSCS, impossibilitando a verificação do estágio de cumprimento de sentença. Cabe referir, todavia, que o presente caso teve um grande impacto sociopolítico no Brasil, ao propiciar debate sobre a Lei de Anistia, assim como ocorreu no julgamento do caso Gomes Lund, ressaltando a temática da justiça de transição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto latino-americano, a existência de um sistema regional de proteção de direitos humanos que viabiliza o exercício de uma jurisdição em favor do ser humano constitui instrumento emblemático para o aprimoramento dos padrões de proteção e garantia dos direitos humanos nos Estados.

Ao reconhecer a responsabilidade internacional de um Estado, em razão de violação a direitos humanos, a Corte IDH institui, por meio de sentença judicial internacional, o cumprimento de obrigações denominadas de medidas reparatórias. A partir do presente estudo, verificou-se que as sentenças da Corte IDH são dotadas de amplitude e flexibilidade a depender das circunstâncias concretas que o caso demanda, repercutindo em medidas de reparação de caráter pecuniário ou não monetário.

Na fase de supervisão de cumprimento de sentenças, percebe-se que o Estado brasileiro tem atuação mais eficaz no que diz respeito às medidas de caráter pecuniário, uma vez que, dos oito casos contenciosos, em seis casos houve o pagamento total ou pelo menos parcial de medidas de caráter pecuniário, excetuando-se os casos Povo Indígena Xucuru e Vladimir Herzog.

Apesar da inexistência de uma regra própria que discipline o processo de pagamento das obrigações de natureza pecuniária, constata-se que essas obrigações são, geralmente, as primeiras a serem cumpridas. *A contrário sensu*, identificou-se considerável déficit em relação às medidas de caráter não pecuniário. Várias dessas medidas, que envolvem desde a realização de alterações legislativas à instituição de políticas públicas específicas, encontram-se pendentes de cumprimento, apresentando dificuldades para se efetivarem. A exceção à aludida situação de inadimplemento por parte do Estado brasileiro é o Caso Escher e outros, que foi arquivado por pleno cumprimento da sentença.

As dificuldades de cumprimento das medidas parecem estar associadas à complexidade inerente a esses tipos de reparações, vez que necessitam de planejamento, em geral, a longo prazo; bem como se relacionam à precariedade existente no diálogo entre atores estatais pertencentes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que são necessários à consecução das determinações da Corte IDH.

Inferiu-se que o mecanismo de supervisão do cumprimento de sentença pela Corte IDH impõe objetividade ao utilizar uma classificação, para a atuação do Estado perante a execução das sentenças contra si impostas, que

indica somente se a decisão foi totalmente, parcialmente ou não cumprida. Essa forma de análise, entretanto, oculta a complexidade da repercussão do Sistema Interamericana no contexto da sociedade brasileira.

O debate acerca de problemas sociais, a fomentação de políticas públicas e o aprimoramento do ordenamento jurídico em matéria objeto de tratamento pela Corte indicam que os efeitos da jurisdição internacional ultrapassam o estrito cumprimento das medidas reparatórias estabelecidas pelo Tribunal interamericano.

Ressalte-se que a indicação de impactos positivos do SIDH para o Brasil, ainda que as decisões da Corte IDH estejam destituídas da caracterização de situação de total cumprimento, não implica a afirmação de desnecessidade de plena observância das decisões proferidas. O integral cumprimento das sentenças da Corte IDH revela-se fundamental para a otimização do sistema protetivo dos direitos humanos, especialmente, no âmbito regional do SIDH.

Revela-se inconcebível que na época hodierna os valores estabelecidos como parâmetros mínimos internacionais concernentes aos seres humanos sejam desrespeitados pelos Estados. Dupuy salienta que

(...) Atualmente, mais claramente que em épocas anteriores, afirma-se uma consciência comum de múltiplas interdependências, mas também uma referência aos valores comuns (aqueles estabelecidos na Carta das Nações Unidas). Esses fatores incitam os Estados a postular a existência de uma comunidade internacional, apoiada no respeito ao direito. (2002, p. 11).⁵⁹²

A uma violação de direitos humanos que obteve tratamento no âmbito da Corte Interamericana tendo por resultado uma condenação proferida, impõe-se resposta efetiva, consubstanciada no fiel cumprimento das sentenças.

REFERÊNCIAS

ANZOLA, Sérgio Iván; SANCHEZ, Beatriz Eugenia; URUEÑA, René. Después del fallo: el cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derecho Humanos: una propuesta de metodología. In: **O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México**. Antônio Moreira Maués; Breno Baía Magalhães (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, págs. 137-199.

592. No original: "(...) à l'heure actuelle plus nettement qu'aux époques antérieures, s'affirment la conscience commune des interdépendances multiples mais aussi la référence à des valeurs communes (celles établies dans la Charte de l'ONU). Ces facteurs incitent les États à postuler l'existence d'une communauté internationale, appuyée sur le respect du droit."

BLOCH, Marc. **Apologie pour l'histoire, ou Métier d'historien**. 5^a ed. Paris : Armand Colin, 1964.

CORTE IDH. Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>. Acesso em 30 de março de 2020.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006.

CIDH. Informe No. 38/02, Admisibilidad, Petición 12.237, Damião Ximenes Lopes, Brasil, 09 de octubre de 2002. Disponível: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Brasil.12237.htm>. Acesso em: 09 jun 2019.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, 02 de maio de 2008.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, 21 de setembro de 2009.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, 17 de maio de 2010.

CORTE IDH. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, 14 de maio de 2010a.

CORTE IDH. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, 19 de junho de 2012.

CORTE IDH. Caso Garibaldi. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 22 de fevereiro de 2011.

CORTE IDH. Caso Garibaldi. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 20 de fevereiro de 2012a.

CORTE IDH. Caso Gomes Lund. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 17 de abril de 2014.

CORTE IDH. Caso Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2016.

CORTE IDH. Caso Fazenda Brasil Verde. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 22 de novembro de 2019.

CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 30 de maio de 2018.

CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 07 de outubro de 2019a.

CORTE IDH. Caso Povo Indígena Xucuru. Resolução de Supervisão de Cumprimento de Sentença, de 22 de novembro de 2019b.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. 6 ed. Paris: Dalloz, 2002.

FERREIRA, Victória Cristine de Figueiredo; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; PAHECO, Ana Paula Oliveira da Silva. Como os Estados cumprem suas condenações internacionais? As medidas de adequação institucional criadas pelo Brasil e México para dar cumprimento às sentenças da Corte IDH. **In: O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México.** Antônio Moreira Maués; Breno Baía Magalhães (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, págs. 305-350.

FREITAS, Pedro Caridade de. **Portugal e a comunidade internacional na segunda metade do século XIX.** Lisboa: Quid Juris, 2012.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR, ano 3, n.4, edição em português. Conectas Direitos Humanos: São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/index4.php>>. Acesso em: 01 abr. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía; SOARES, Débora Regina Mendes; VASCONCELOS, Giulia Santos de. O Cumprimento das Medidas de Reparação de Adequação Legislativa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Formação de Coalizões Pró-Cumprimento no Brasil e Argentina. **In: O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México.** Antônio Moreira Maués; Breno Baía Magalhães (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, págs. 231-268.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Coimbra: Almedina, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2012.

NASSAR, Paulo André; BACELAR, Rafaela. O cumprimento de sentenças da Corte IDH sobre Desaparecimentos Forçados em Brasil e Colômbia. **In: O cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México.** Antônio Moreira Maués; Breno Baía Magalhães (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, págs. 201-229.

PERRONE, Christian. Cortes Internacionais vs. Cortes Constitucionais na aplicação de tratados de direitos humanos: ensaio em homenagem aos 20 anos da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana para o Brasil. **In: Direitos humanos fundamentais: 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e 20 anos do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as mudanças na aplicação do direito no Brasil.** Brasília: MPF, 2019, págs. 300-324.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. O Processo de Globalização dos Direitos Humanos. Revista da Fundação Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, ano 8, v. 15, p. 93-110, jan.-jun. 2000. Disponível em: <<http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Piovesan-writing-2.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STOLLEIS, Michael. Lições do passado? Estado de Direito, garantias institucionais, primazia da Constituição. In: **As conferências do CENTRO de ESTUDOS JUDICIÁRIOS, 2014-2015**, Coord. António Pedro Barbas Homem, Paulo Guerra, Coimbra: Almedina, 2016, p. 87-110.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Derecho internacional de los derechos humanos: esencia y trascendencia: (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006). México: Porrúa, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Tomo II, Porto Alegre: Fabris, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais e a realização da justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. B. Cient. ESMPU, Brasília, a.1 - n° 4, p.13-33 - jul./set. 2002.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA IDOSA E A BUSCA DE UM MODELO NORMATIVO ADEQUADO À SUA EFETIVA PROTEÇÃO

NILZA REIS⁵⁹³

1. INTRODUÇÃO

O tema proposto teve origem na constatação da inexistência de um instituto e de regras jurídicas sediadas na esfera do direito de família, voltadas à efetiva proteção da pessoa idosa, distanciando-se, assim, do tratamento adequado, merecido e sistemático conferido às crianças e adolescentes.

Há, é evidente, instrumentos jurídicos esparsos de proteção às pessoas que alcançaram o estado de velhice, a exemplo da curatela, quando necessária, do direito a alimentos, do direito sucessório, sem prejuízo, naturalmente, das normas contidas no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e em outros diplomas normativos, nacionais e internacionais. Não há, contudo, sistematização nem um conjunto harmônico direcionado a esse amparo, tão necessário a esses seres humanos que muitas vezes estão submetidos a uma situação de extrema fragilidade.

Também nos instigou o fato de a literatura jurídica não revelar a existência de obras e estudos aprofundados da questão relativa à proteção efetiva do idoso, mesmo no âmbito restrito da família, apesar dos deveres que a Constituição Federal lhe impõe, atribuindo-o, especificamente, aos filhos maiores (arts. 229 e 230).

Pensamos que a questão ainda não mereceu a devida atenção dos estudiosos. De fato, a previsão contida no art. 229, segunda parte, da Constituição Federal, encontra base no fato de que a relação paterno/materno-filial não é uma via de

593. Juíza Federal e Professora de Direito Civil da UFBA, Mestra e Doutora pela Universidade Federal da Bahia. Email: reisinilza10@gmail.com

mão única. E assim, no caminho de retorno das vivências familiares, os filhos, tão bem cuidados pelos seus pais, na infância e adolescência, deverão assumir a função de guardadores e, portanto, de primeiros e autênticos cuidadores dos seus ascendentes, invertendo a equação antes existente no grupo familiar. Os filhos são os seus parentes mais próximos, mais não são os únicos.

Sabemos da existência de idosos desgarrados da família ou que sobrevivem, de modo solitário, a todos os seus parentes e/ou pessoas com as quais mantinham estreitos vínculos de amizade, também merecedores de proteção, situações que muitas vezes podem ser conduzidas ao amparo assegurado pela Lei 10.741/2003, pois devem experimentar uma vida digna até os últimos dias do seu percurso existencial.

É o que preceitua a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, instituída pela Assembleia das Nações Unidas em 1948 e, por conseguinte, há longos anos. O seu art. XXV, item 1, contém a seguinte previsão:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de sobrevivência em circunstâncias fora do seu controle.

Surge, no texto, uma alusão à velhice. Esta tem sido respeitada e até homenageada nos países do oriente, ao contrário do que usualmente acontece na parte ocidental do mundo. Necessário, todavia, alterar esta postura. Felizmente, no Brasil, rompendo o silêncio, a Constituição Federal impõe o dever de amparo às pessoas idosas, atribuindo-o, em primeiro lugar à família, depois à sociedade e ao Estado.

Importa, ainda, perseguir a implementação efetiva desse mandamento constitucional, mediante a criação de regras sistematizadas e capazes de provocar a sua introdução e a sua real concretização na esfera do direito de família, especialmente em razão da consagração do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que surge necessariamente imbricado com a fraternidade, a solidariedade e a afetividade.

No percurso adotado no presente trabalho, adotamos como marco teórico a omissão do legislador infraconstitucional de referência à garantia da efetividade dos direitos do idoso.

O objetivo do trabalho é o oferecimento de subsídios capazes de autorizar a reflexão dos estudiosos, com o olhar voltado à real proteção das pessoas idosas.

Adotamos como metodologia o exame de conteúdos doutrinários, jornalísticos, normativos e estatísticos, visando extrair dos seus textos os fatos e as questões fundamentais e relevantes para a adoção de possíveis soluções, buscando auxílio também no método eletrônico.

Embora reconheçamos os obstáculos enfrentados no trato da matéria, inclusive em decorrência dos estreitos limites deste trabalho, foi possível identificar algumas omissões e contradições, bem com a falta de sistematização das regras dirigidas ao amparo dos idosos que, no Brasil, segundo dados fornecidos pelo IBGE, em março de 2019 representavam um segmento populacional superior a 28 milhões de seres humanos nessa condição, situação agravada pelo decréscimo da taxa de natalidade.

Também é surpreendente a constatação de que, malgrado a existência desses fatos e das garantias constitucionais, são raras as obras dedicadas, especificamente, ao assunto, ao contrário do que ocorre quando o tema diz respeito às crianças e adolescentes.

Na verdade, uma pessoa muito idosa revela profundas semelhanças com uma criança, o que acontece, porém, com grandes desvantagens: a criança e o adolescente ainda são seres humanos em formação, têm um largo horizonte à sua frente. Podem fazer planos suscetíveis de realização em marcos temporais ainda distantes. O idoso, ao revés, segue em direção contrária. O seu percurso vai em direção a termo final da sua existência.

Certo é que, desde o nascimento, o transcurso implacável do tempo foi transformando os jovens brasileiros em pessoas idosas, evidenciando, assim, a inversão da pirâmide etária antes existente em nosso País, como registramos anteriormente.

No sistema normativo pátrio, o idoso é a pessoa que tem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade, adotando o nosso legislador infraconstitucional, portanto, o critério cronológico (art. 1º da Lei 10.741/2003). Vale registrar que a expressão “ou superior a 60 (sessenta) anos” respalda a possibilidade de fixação de marco legal mínimo distinto para a obtenção de alguns benefícios instituídos em favor da pessoa idosa, a exemplo do que ocorre com o direito à isenção do imposto sobre a renda e com o direito à assistência social.

Necessário, contudo, identificar o silêncio legislativo, de modo a possibilitar a criação de um arcabouço normativo infraconstitucional que sustente e ampare, de modo efetivo, os direitos das pessoas idosas.

2. O IDOSO E ALGUMAS DAS SUAS PECULIARIDADES

É indubitável que a idade avançada não segue um itinerário único e linear para todas as pessoas. A existência humana é desenvolvida através de um caminho complexo, não raras vezes acidentado, pois surge envolta em inúmeras e diferentes circunstâncias, a evidenciar que o cenário da vida será sempre ímpar para cada ser humano, variando, então, de pessoa a pessoa.

Ainda quando a idade avançada marca presença, o idoso pode ser sadio, facilitando a sua aceitação e o seu acolhimento pelas pessoas que o cercam. Esta realidade somente será benéfica quando houver solidariedade, tolerância, fraternidade e afeto nas relações que ele mantém com os seus familiares ou pessoas mais próximas, para as quais devem avultar as peculiaridades inerentes à sua condição, a sua individualidade, enfim, o seu modo singular de ser e de viver.

Existem situações nas quais, a depender do seu próprio temperamento e, algumas vezes, das suas condições de saúde e até dos seus princípios e dos seus hábitos rotineiros, o idoso não chega à idade avançada com leveza. Muitas vezes não aceita a sua nova condição e as limitações que ela traz consigo. Fica rabugento e mal humorado, reclama de tudo e de todos, deixando-se inundar pela amargura e até por rancores. Não raras vezes o seu desejo frustrado de voltar ao passado o deixa cabisbaixo, taciturno, triste. Mantém o olhar no passado, através de um espelho retrovisor imaginário, talvez nutrindo um sonho impossível: retornar aos seus dias de glória, quando era autônomo e não precisava do auxílio de outrem para levantar, andar, ir ao banheiro, atender as suas necessidades biológicas... Aqueles que o cercam devem ter consciência das suas limitações, exercitando a fraternidade e a solidariedade. Se tiverem sorte de viver durante muitos anos, talvez cheguem a esse estágio!

Conforme notícia veiculada no jornal G1/Globo, de 03 de abril de 2019, pela primeira vez na história “o mundo tem mais avós do que netos. São 705 milhões de pessoas acima de 65 anos contra 680 milhões entre zero e quatro anos”.⁵⁹⁴ Baseando-se em informações da ONU, a notícia aponta “para um

594. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/04/03/pela-1a-vez-mundo-tem-mais-avos-que-netos.ghtml>>. Acesso em 03 maio de 2019.

crescente desequilíbrio entre os mais velhos e os mais jovens até 2050 - haverá duas pessoas com mais de 65 anos para cada uma de zero a quatro anos”. Este fato acena para a existência de sérias consequências no mundo, sobretudo nas áreas social e econômica.

Mas quem pode ser considerado idoso?

Segundo Norberto Bobbio⁵⁹⁵ há três tipos de velhice: a cronológica, a burocrática e a psicológica ou subjetiva. A primeira é objetiva e meramente formal, isto porque a configuração da idade prolecta depende da escolha de um patamar ou da fixação de uma idade limite – variável no tempo e no espaço -, a revelar que as pessoas devem alcançá-la para que possam ser consideradas idosas.

No dizer do mesmo doutrinador, a velhice burocrática corresponde à garantia de acesso da pessoa a certos benefícios, como a aposentadoria por idade, o passe livre nos transportes públicos, a prioridade no processamento de demandas judiciais, o ingresso gratuito ou com redução de tarifa nos museus, teatros e cinemas, as isenções fiscais e outros benefícios que apontam para uma situação de vantagem.

A velhice subjetiva, de sua vez, tem natureza complexa, porque depende essencialmente do sentir e do viver da própria pessoa, dificultando ou impossibilitando a existência de parâmetros objetivos para a constatação da sua existência. Por isso é também denominada de velhice psicológica.

Fazendo menção a esses três aspectos da velhice, Elida Séguin afirma que, no Brasil, o maior contingente de idosos que experimenta a velhice subjetiva é representado por:

“pessoas que independentemente da idade e da perfeita capacidade, sentem-se velhos, agem como velhos e, conseqüentemente, são tratados como tal, com perda do auto-respeito, da auto-estima e até de seus direitos individuais, que deixam de exercitar.”⁵⁹⁶

No Brasil, como já foi acentuada em momento anterior, a Lei 10.741/2003, conhecida como o Estatuto do Idoso, adotou o primeiro critério, qual seja, o cronológico.

Mas, com base nos dados que atestam a transformação gradativa do Brasil em uma País de “cabeça branca”⁵⁹⁷, não podemos menosprezar o fato de que

595. BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: De senectude e outros escritos autobiográficos*. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997, p. 18.

596. SÉGUIN, Elida. *O idoso: aqui e agora*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 11.

597. Expressão usada no título do editorial de Gilson Luiz Eusébio, publicado na Revista Samuel

o “arquetipo de amor e carinho entre ascendentes e descendentes é um ideal que nem sempre corresponde à realidade, independentemente da classe social onde os fatos estão ocorrendo”.⁵⁹⁸

Entretanto, não devemos perder a esperança. Nessa relação há outro lado, isto porque “qualquer que seja a agitação histórica que o ‘fim do dever’ signifique, a longa continuidade da tradição moral leva a melhor sobre a descontinuidade, o sentido da indignação moral não morreu”.⁵⁹⁹ E, assim, a família deve acolher os seus idosos, ciente de que, a sua manutenção no espaço doméstico no qual sempre viveram será extremamente recomendável, logicamente quando isto foi possível. Se for assim, quando ainda é portador de um nível de autonomia, a vontade do idoso deve ser respeitada. Neste caso, ele opta pela preservação do seu próprio lar, do seu próprio espaço, no qual seguramente estará na companhia de pequenas ou grandes coisas amealhadas durante o seu percurso existencial, resgatando, através delas, as lembranças de momentos inesquecíveis aos quais pode regressar por intermédio da sua memória e das fantasias construídas pela sua imaginação. E o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) assegurado o seu direito à moradia (art.37).

Mas o fato de estar em sua própria casa não pode corresponder ao isolamento do idoso, a sua submissão ao afastamento do mundo e das pessoas em cuja companhia edificou o seu caminho existencial. Distanciando-se da realidade vivida, o idoso definha, deprime e vai morrendo aos poucos.

Não sendo possível a permanência do idoso em sua própria morada, ele deve ser deslocado preferencialmente para o lar de um dos seus familiares, quando os tem, permitindo-lhe, assim, a continuidade de uma convivência na qual poderá vivenciar o presente, com alegria, e encontrar pontes para o seu passado, mediante a participação ativa, fraterna e amorosa, dos seus familiares. Neste ambiente, o idoso poderá revisitar os acontecimentos que marcaram positivamente a sua existência, “contar” as suas histórias, as suas viagens, enfim, as suas experiências de vida. Como afirma Norberto Bobbio, “O mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória”.⁶⁰⁰

Falando sobre si mesmo, já em idade avançada, Bobbio registrou:

n. 10. Disponível em: < <https://operamundi.uol.com.br/samuel/36836/samuel-10-o-mundo-en-velhece>>, acesso em 03 maio 2019.

598. Ob. cit., p. 20.

599. LIPOVETSKY, Gilles. *O crepúsculo do dever: A ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. 4.ed. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010, p. 168.

600. Ob. cit., p. 28.

“Na rememoração reencontramos a nós mesmos e a nossa identidade, não obstante os muitos anos transcorridos, os mil fatos vividos. Encontramos os anos que se perderam no tempo, as brincadeiras de rapaz, os vultos, as vozes, os gestos dos companheiros de escola, os lugares, sobretudo aqueles da infância, os mais distantes no tempo e, no entanto, os mais nítidos na memória”.⁶⁰¹

E finaliza o texto sobre o mundo da memória, afirmando:

A velhice passa a ser então o momento em que temos plena consciência de que o caminho não apenas não está cumprido, mas também não há mais tempo para cumpri-lo, e devemos renunciar à realização da última etapa.

A melancolia é suavizada, todavia, pela constância dos afetos que o tempo não consumiu.⁶⁰²

Pode acontecer, entretanto, que a idade avançada seja acompanhada de graves enfermidades, fazendo surgir sérias limitações à locomoção e até à própria vida do idoso, nada mais restando àqueles que o acompanham senão reforçar os cuidados imprescindíveis à sua frágil condição, cercando-o de afeto, de tolerância, de paciência e de carinho, para que ele possa chegar ao fim do caminho com serenidade e segurança.

Infelizmente, porém, o idoso pode não ter parentes, residência, autonomia e, por conseguinte, capacidade para gerir a sua própria vida. As ruas dão exemplo da sua visível (in)existência. Nesta situação, ele deve ser encaminhado a uma instituição dedicada à manutenção e aos cuidados de pessoas em idade provectora. Estas instituições podem ser públicas, e são raras, ou privadas e extremamente caras. Mesmo quando são públicas, essas instituições podem exigir a entrega de recursos pelos idosos que os tem, assumindo, em contrapartida, a obrigação de mantê-los e dedicar-lhe cuidados apropriados à sua condição.

Apesar da cruel realidade das ruas, nas quais muitos idosos vivem e permanecem, pensamos que a sua condução compulsória a essa espécie de instituição, comumente denominada de asilo, somente deverá ser efetivada como último recurso, através do qual poderá ser alimentado e cuidado até o fim dos seus dias.

Por outro lado, nem sempre a idade avançada revelará a existência de uma fase existencial a ser lamentada:

601. Ob. cit., p. 31-32.

602. Ob. cit., p. 31-32.

Ticiano (1490-1576) morreu aos 86 anos, trabalhando vigorosamente em suas relas até o final de sua vida como um dos maiores coloristas de todas as épocas; Ford e Bernand Shaw morreram aos 94 anos; Bertrand Russel aos 97 anos; Sommerset Maughan aos 92 anos; Sófocles aos 93 anos. Todos revelaram uma profunda e ampla atividade, dizendo Bertrand Russel que três paixões ‘simples mas tremendamente fortes’ haviam governado a sua vida: A ânsia de amor, a busca do conhecimento e uma enorme piedade ante os sofrimentos da humanidade’. Disse isto aos 95 anos.⁶⁰³

Há, portanto, idosos hígidos, com 80 anos ou mais. Entre nós o advogado Sobral Pinto, o senador Josaphat Marinho, o professor Miguel Reale, o doutrinador Pontes de Miranda, o advogado Barbosa Lima Sobrinho, além de muitos outros, foram exemplos de vida e da possibilidade do ser humano desenvolver as suas atividades profissionais muito além dos 60 anos de idade.

Lamentavelmente a situação desses idosos não é uma realidade significativamente multiplicada no País, face à precariedade das condições insalubres que muitos experimentaram ou ainda vivenciam no seu dia-a-dia.

Promulgada em 2003, a Lei 10.741 contém um enunciado normativo estabelecendo que estando a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos submetida a uma situação de risco social, poderá ser conduzida ao acolhimento, mediante o amparo de um adulto ou núcleo familiar, caracterizando, inclusive, dependência econômica em relação às(s) pessoa(s) que o mantém em sua companhia (art. 34).

No seu percurso existencial, a pessoa idosa poderá ser vitimada por enfermidades incuráveis e irreversíveis. Nestas circunstâncias, seguramente não terá um futuro temporal significativo, e dificilmente encontrará alguém que, espontaneamente, deseje e aceite assumir a obrigação de atuar em seu benefício, com zelo, dedicação, amor e cuidado, como exige a sua situação pessoal geralmente de extrema fragilidade.

Não podemos ser ingênuos. Estando ainda em processo de formação da sua própria existência e da sua personalidade, alguns jovens não conseguem apreender a real dimensão conceitual do dever de respeito merecido pelos mais velhos. O ordenamento jurídico pátrio não indica sequer os deveres filiais. Deveria fazê-lo, possibilitando, ao menos, o surgimento e o incremento de condutas provocadas pela função simbólica e pedagógica dos enunciados normativos.

603. FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 430.

A própria redução da família, hoje plural e multifacetada, mas predominantemente nuclear, parece auxiliar e incrementar o afastamento da consideração, do respeito e do apreço que os mais jovens devem consagrar aos mais idosos. Segundo Eduardo de Oliveira Leite:

O alongamento da esperança de vida modifica, substancialmente, as relações e o esquema de valores entre as gerações.

Hoje, mais do que nunca, a longevidade dos pais e dos avós cria uma rede de relações familiares muito mais complexa, mais extensa e dinâmica do que se poderia imaginar no início do século.⁶⁰⁴

Referindo-se ao século XX, o doutrinador antes nomeado observa:

Dentro desse contexto tudo muda: a transmissão dos patrimônios não mais ocorre de uma só vez (via sucessão), mas se dilui no tempo e se organiza de forma mais flexível durante todo o ciclo da vida familiar (os pais ajudam os filhos durante o longo preparo intelectual, quando casam – ou quando se instalam, pura e simplesmente – quando nascem os netos, e assim sucessivamente. Devido à intensa dificuldade econômica, à instabilidade do mercado de trabalho, e à dureza da concorrência, sempre mais acirrada, a geração mais velha fornece um apoio efetivo e permanente à nova geração, preocupação inimaginável se nos reportarmos ao modelo patriarcal mais puro.⁶⁰⁵

À vista desses registros, podemos concluir pela sua total compatibilidade com a realidade fática vivenciada em nosso País, notadamente no Norte e no Nordeste, a demonstrar a inversão dolorosa dos papéis desempenhados pelos pais idosos, muitas vezes compelidos à assunção tardia da paternidade/maternidade dos seus netos, em uma fase na qual já cumpriram os deveres inerentes à sua própria qualidade de ascendente primeiro dos seus filhos. Este fenômeno, comum nas cidades interioranas deste imenso País, acontece em prejuízo dos avós idosos e, simultaneamente, dois seus netos, uma vez que as diferenças inerentes a cada geração impossibilitarão àqueles a manutenção da higidez física e mental necessária ao sadio e regular desenvolvimento da infância e da adolescência dos seus netos.

604. LEITE, Eduardo. *Famílias Monoparentais: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 65-66.

605. Ob. cit., p. 66.

Há, porém, outras realidades. Existem filhos, netos e bisnetos dedicados aos pais, aos avós e bisavós, assumindo, assim, uma conduta perfeitamente adequada e amorosa na convivência familiar, cumprindo espontaneamente os deveres que lhes são atribuídos pela Constituição Federal e por diversos diplomas infraconstitucionais.

Debruçando-se sobre o tema, José Renato Naline acentua que “a velhice tem sido desprezada pela juventude, como se esta durasse para sempre. Ainda existem famílias reunidas em torno dos seus idosos. Não é a praxe, porém. Parece não haver tempo jovem disponível para o idoso”.⁶⁰⁶

Na Constituição Federal uma das ideais fortes é o respeito à pessoa humana e à sua dignidade, trazendo em seu âmbito o princípio da fraternidade, pois como bem assevera Reynaldo Soares da Fonseca, ora homenageado com este modesto escrito, há uma inegável “relação promocional e produtiva” entre o direito fundamental à dignidade da pessoa humana e a fraternidade.⁶⁰⁷

Apesar da comprovada inversão da pirâmide etária, que faz hoje do Brasil um país de pessoas idosas, o atual Código Civil, promulgado em 2002, não insere em seu âmbito qualquer disciplina voltada à sua proteção integral e efetiva.

Imprescindível, portanto, pensar e repensar essa questão, dirigindo os olhos e a mente, com o seu poder criativo, para a concretização da difícil arte de desenhar um modelo normativo adequado à situação peculiar experimentada, diuturnamente, pelas pessoas idosas, possibilitando, assim, a concretude das previsões constitucionais encaminhadas ao seu real amparo.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE, RESPALDANDO A PROTEÇÃO DOS IDOSOS

Não será possível a criação de um modelo normativo idôneo para assegurar o efetivo amparo dos idosos sem recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana, que arrosta o princípio da fraternidade e a solidariedade pressuposta na esfera da vida familiar. E nesta seara, como se sabe, também emerge o afeto.

De acordo com os ensinamentos ofertados por Reynaldo Soares da Fonseca, “a dignidade assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela

606. NALINE, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 114.

607. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 83.

estruturada”.⁶⁰⁸ Esses princípios, portanto, são indissociáveis, assegurando proteção a todas as pessoas, inclusive aos idosos.

Muitos trabalhos importantes são dedicados à análise do princípio da dignidade da pessoa humana, que teve origem na Alemanha, pouco tempo depois da prática das atrocidades verificadas durante a II Guerra Mundial. Inaugurado na Lei Fundamental Alemã de 1949, com o passar do tempo o princípio da dignidade da pessoa humana se espalhou pelo mundo e passou a compor o rol dos direitos fundamentais de inúmeros sistemas jurídicos estrangeiros.

Não foi o que aconteceu, exatamente, no Brasil. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁰⁹, o nosso legislador constituinte “preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, dando-lhe - pela primeira vez- o tratamento de princípio fundamental da nossa atual Constituição (art. 1º, inc.III)”.

Fazendo esse registro, o aludido doutrinador nos alerta, porém, para o fato de que essa peculiaridade não acarreta a impossibilidade de extrair-se desse princípio fundamental algumas “posições jurídico-fundamentais não escritas, inclusive de natureza subjetiva, o que, aliás, foi expressamente considerado pelo art. 5º,§2º, da CF de 1988, que trata dos direitos decorrentes do regime e dos princípios, bem como dos constantes em tratados internacionais”.⁶¹⁰

Consagrada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no art. 1º, III, da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana surge inserida no catálogo dos princípios fundamentais, e há de ser qualificada como uma “norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia”.⁶¹¹

Projetando-se, imperiosamente, sobre as condutas dos governantes, da sociedade, da família e dos cidadãos, esse princípio fundamental impõe a todos um dever de respeito e proteção. Dele emerge, portanto, um dever de abstenção e, também, a imposição de condutas positivas e exercitáveis em prol da efetivação e do amparo da pessoa humana. Como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana “constitui valor-guia não apenas de direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual

608. Ob. cit., p. 84.

609. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 109.

610. Ob. cit., p. 109.

611. Ob. cit., p. 109-110.

se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa”.⁶¹²

No Título I da Constituição Federal, o princípio “exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’, referido por José Afonso da Silva⁶¹³, que repete a assertiva formulada, anteriormente, por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio é o alicerce do próprio sistema, é uma “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.⁶¹⁴

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana também tem uma função instrumental, uma vez que serve de norte à aplicação, à interpretação e à integração de todos os princípios e regras contidas no ordenamento jurídico.

Ainda de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva⁶¹⁵, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”.

Ora, de referência às pessoas idosas, o art. 229 da Constituição Federal impõe aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Complementando aquele preceito, o art. 230, de sua vez, prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, alargando, assim, o âmbito de incidência da proteção imposta à primeira, agora não mais como um dever exclusivo dos filhos, uma vez que também os netos, os bisnetos, os tios e outros membros da família podem ser compelidos a suprir as necessidades dos parentes que não têm condições pessoais de fazê-lo, em decorrência da velhice, de carências ou de enfermidades. Assim agindo, por força do mandamento constitucional e em caráter preferencial, os integrantes da família devem assegurar aos seus idosos a participação na comunidade, promovendo a defesa da sua dignidade e do seu bem estar, garantindo-lhes o direito à vida sadia.

612. Ob. cit., p. 110.

613. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 81.

614. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

615. Ob. cit., p. 93.

Dos enunciados dos arts. 229 e 230 da Constituição Federal exsurgem deveres que, segundo entendemos, também devem ser considerados fundamentais. Jorge Miranda, festejado constitucionalista português, faz menção à sua existência:

I – O constitucionalismo moderno de matriz ocidental é a história da aquisição dos direitos fundamentais. É a história da conquista de direitos – depois de séculos de absolutismo e, nos séculos XX e XXI, em contraste com regimes políticos totalitários e autoritários de várias tendências.

Não implica isto, porém, uma desconsideração ou subalternização dos deveres. Não a implica no plano jurídico, porque, mesmo quando são poucos os deveres consignados nas Constituições, ficam imprejudicados os vastíssimos deveres nas relações das pessoas entre si. E não envolve desconsideração no plano ético, até porque a reivindicação de direitos bem pode fundar-se na necessidade ou vontade de cumprimento dos deveres.

II – Simétricos dos direitos fundamentais e formando com eles uma unidade apresentam-se, pois, os deveres fundamentais – quer dizer, as situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas, impostas às pessoas frente ao poder público ou, por interferência de direitos ou interesses difusos, a certas pessoas perante outras.⁶¹⁶

E esses deveres, à semelhança do que acontece com aqueles inerentes ao poder familiar, absorvem as esferas assistencial, material, espiritual, psicológica e, sobretudo, a afetiva, sendo todos de exercício obrigatório. Porque sediados na esfera da família, são direitos-deveres que, segundo Antunes Varela⁶¹⁷, algumas vezes são impropriamente denominados como “poderes funcionais”.

Em decorrência da sua natureza intrínseca, esses deveres se submetem a um regime diferenciado, quando comparados àqueles aplicados às esferas dos direitos de crédito e dos direitos reais. E assim, esses deveres peculiares às relações familiares são de exercício obrigatório, têm caráter duradouro, são irrenunciáveis, intransmissíveis, pois estão “visceralmente ligados a certo estatuto pessoal dos sujeitos da relação”, sendo que “a legitimidade do seu exercício depende da observância da função a que eles se encontram adstri- tos”⁶¹⁸. Enquanto existir a situação objetiva que os respalda, esses deveres serão mantidos.

616. MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 92.

617. VARELA, Antunes. *Direito de Família*, 1º vol. Lisboa: Livraria Petrony - LDA, 1996, p. 75.

618. Ob. cit., p. 78.

4. A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO EFETIVA DO IDOSO: EM BUSCA DE UM MODELO NORMATIVO ADEQUADO

O exame das regras encaminhadas à disciplina das relações de família evidencia, de logo, a pouca importância conferida às pessoas idosas. Com efeito, no atual Código Civil o idoso surge como simples ascendente e titular do direito a alimentos, o que ocorre de modo oblíquo, como evidencia a leitura do art. 1.694. Também não pode ser considerado apenas um herdeiro legítimo e necessário (art. 1.845 c/c o art. 1.695), nem pode ser autorizado a deserdar os seus descendentes apenas nas hipóteses indicadas no art. 1.962. Quanto a este último aspecto, tem-se que, além das causas previstas no art. 1.814 do Código, as situações que autorizam a deserdação dos descendentes pelos ascendentes devem ser alargadas. Com efeito, se a dignidade da pessoa idosa merece e deve ser respeitada e assegurada, não há razão para que as ofensas psicológicas, os maus tratos e condutas nocivas similares não serem causas de deserdação. Dir-se-á o mesmo em relação ao desamparo. E aqui, emerge outro questionamento: por que o desamparo somente autoriza a deserdação quando o idoso for vítima de alienação mental ou grave enfermidade? Essa conduta nociva e prejudicial à pessoa idosa pode surgir de muitas formas, sendo evidente que, em qualquer uma delas, não perderá as suas cruéis características.

Os idosos aparecem, em desvantagem, no art. 1.641, II, do Código Civil, com alteração da Lei 12.344/2010, porque, embora capazes, não têm liberdade na escolha do regime de bens que desejam adotar no casamento que contrai quando têm mais de 70 (setenta) anos de idade. A restrição, segundo entendemos, viola o art. 5º, inciso IV, quando indica como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, impondo-se a todos, inclusive ao Poder Legislativo.

Sobre essa estranha limitação, importa recordar que, segundo alguns doutrinadores, sob a égide do Código Civil de 1916 - que só admitia uma forma de família: aquela decorrente de justas núpcias e, portanto, do casamento civil -, a imposição do regime obrigatório da separação no casamento de pessoa idosa visava resguardar o patrimônio adquirido pelo idoso, em momento anterior ao matrimônio, das más intenções do nubente mais jovem, que, em tese, poderia almejar tão somente vantagens econômicas ou patrimoniais. Ocorre, porém, que, ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, a Lei

6.515/1977, conhecida como lei do divórcio, alterou o regime legal de bens, que até então era o da comunhão universal, fazendo com que passasse a ser o regime da comunhão parcial que, ao contrário daquele, não acarreta a comunicabilidade dos bens adquiridos por qualquer um dos nubentes antes do casamento (art. 258), pondo por terra, ainda que parcialmente, os argumentos utilizados pelos defensores da imposição do regime de separação obrigatória de bens. “Os aquestos, sim, são e devem ser comuns, porque adquiridos na constância do matrimônio, após o estabelecimento dessa sociedade que é o casamento, onde há comunhão de esforços, de propósitos, de esperanças e de ilusões”. São palavras de Silvio Rodrigues⁶¹⁹, logo após a promulgação da lei do divórcio, concluindo: “Parece-me, fora de dúvida, o regime ideal de bens”.

A Constituição Federal de 1988 afastou a exclusividade da denominada “família legítima”, ou seja, aquela constituída, exclusivamente, através do casamento, para assegurar a existência e o reconhecimento jurídico da família plural e multifacetada, em cujo cenário surgem os grupos familiares edificados em outras bases: a entidade familiar e as uniões estáveis. Nestas últimas, o regime patrimonial de bens pode ser estabelecido livremente pelos seus membros, incidindo o regime de comunhão parcial apenas em caráter supletivo, desde que não exista contrato escrito em outro sentido (art. 1.725, CC).

A imposição legal do regime de separação para o casamento de pessoas com mais de 70 (setenta) anos posterga o fato, que consideramos relevante no trato da matéria, de que o próprio ato de casar demanda a existência da capacidade do interessado. E mais: ainda que o nubente tenha mais de 70 (setenta) anos de idade, não estará impedido de alienar os seus bens, caso não exista causa que conduza à sua incapacidade para fazê-lo!

Esperamos que, ao criar as regras de proteção à pessoa idosa, o Congresso Nacional elimine essa odiosa restrição à sua liberdade.

De referência ao Código Civil de 1916, importa recordar o enunciado normativo do Parágrafo único do art. 399, *in verbis*:

Parágrafo único – No caso dos pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas.

619. RODRIGUES, Silvio. O divórcio e a lei que o regulamenta. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 214.

Ora, embora a redação desse preceito pudesse ser submetida a críticas, sugerindo a necessidade de sua revisão, não há dúvida de que ele deveria ser repetido no atual Código Civil, com as adequações imprescindíveis à concretização dos mandamentos insculpidos nos arts. 229 e 230 da Constituição Federal.

Por outro lado, o exame da Lei 10.724/2003 (Estatuto do Idoso) permite constatar que o seu art. 4º veda qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão contra o idoso, enfatizando, de logo, “que todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”.

À vista desse enunciado normativo, há uma indagação que não pode deixar de ser manifestada: não há discriminação, em desfavor do idoso, na imposição do regime legal de separação, instituído pelo art. 1.640 do Código Civil? De duas possíveis hipóteses, só uma pode vingar: ou essa discriminação existe, e merece correção, ou ela não se configura, conclamando o legislador à indicação das possíveis formas de manifestação da discriminação.

Curioso o fato de que no texto do Estatuto do Idoso, diversas vezes, é possível identificar a palavra “dignidade” no seu texto, o mesmo ocorrendo com o vocábulo “família” ou com as expressões “grupo familiar” e “vínculos familiares”, mas em seu âmbito não existe qualquer título ou capítulo dedicado, especificamente, às relações e à convivência do idoso com a sua família.

Imperioso, portanto, a criação de regras infraconstitucionais direcionadas à disciplina das relações mantidas pela família com a pessoa idosa, que com ela convive ou que a ela se vincula pelos liames de parentesco.

Embora não seja impossível, a tarefa não é fácil. No particular, serve a sugestão de ingressarmos na situação do idoso, experimentar as suas possíveis vivências e dificuldades, imaginando o que não queremos para nós mesmos quando alcançarmos a idade propecta.

É que, por intermédio da imaginação, podemos vivenciar, antecipadamente, o cenário da nossa idade propecta, quando as nossas mãos serão as barras nos corredores, no banheiro, se tivermos sorte de vê-los instalados em nossa residência.

Como diz, lindamente, Fabrício Carpinejar, em algum momento da história familiar, “as idades se acumulam e se sobrepõem e a ordem natural não tem sentido: é quando o filho se torna pai do seu pai”:

“A casa de quem cuida dos pais tem braços dos filhos pelas paredes.

Nossos braços estarão espalhados, sob forma de corrimões.

Pois envelhecer é andar de mãos dadas com os objetos, envelhecer é subir escadas sem degraus. (...)

Nos arrependemos dos sofás, das estátuas e do acesso caracol, nos arrependemos de cada obstáculo e tapete.⁶²⁰

E, assim, ciente desses aspectos, entre muitos outros, inimagináveis para aqueles que ainda não tiveram a felicidade de privar da convivência com uma pessoa idosa, de participar dos seus momentos de sabedoria e graça, poderemos observar que o art. 22 do Estatuto do Idoso prevê que nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal sejam inseridos conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria.

Instrumento da mudança das condutas humanas futuras, em nosso País, esse preceito deveria estar entre as maiores preocupações de todas as instituições de ensino, a começar com aquelas voltadas à educação fundamental, possibilitando, assim, desde cedo, o desenvolvimento de uma cultura voltada ao respeito e à preservação da dignidade da pessoa humana idosa. Infelizmente, porém, não temos conhecimento da implementação dessa exigência nos moldes antes desenhados. Sob esse aspecto, o conhecimento da real dimensão do princípio da dignidade, acompanhado pela fraternidade, pela solidariedade e pelo afeto, em muito auxiliaria na compreensão das questões vivenciadas pelos idosos, dentro e fora da família.

Opondo-se ao silêncio pertinente ao comando antes referido, é fácil constatar a existência de propaganda maciça, nos meios de comunicação, acerca das facilidades asseguradas aos idosos para a obtenção de empréstimos bancários, não raras vezes impagáveis. Já tivemos oportunidade de realizar audiência, atuando como juíza, em razão de pedido formulado por uma pessoa idosa que havia firmado um contrato de empréstimo bancário, mas que, posteriormente, deixou de ter as condições financeiras para honrar as obrigações assumidas, deixando-a em situação difícil. Lamentável, portanto, o incentivo ao endividamento do idoso.

Na verdade, este incentivo deveria ser encaminhado a outras direções.

De fato, o legislador infraconstitucional deveria incluir no currículo obrigatório das escolas de ensino fundamental uma matéria dedicada ao incremento das relações intergeracionais, com enfoque interdisciplinar, conferindo ênfase aos vínculos de natureza afetiva e outorgando a merecida importância

620. CARPINEJAR, Fabrício. *Me ajude a chorar*, 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014, p. 14.

às riquezas muitas vezes ocultas nas trocas interpessoais dos integrantes da família.

O legislador infraconstitucional há de desenhar regras assecuratórias da sadia convivência das pessoas idosas com os seus familiares, evidenciando, inclusive, o mínimo necessário a tanto.

Confirmando a invisibilidade da pessoa idosa, não é comum a mobilização da opinião pública em defesa dos seus interesses e direitos. Mesmo vivendo no âmbito da família, a falta de dedicação aos idosos não é uma exceção, a revelar a existência de uma situação que merece ser modificada.

Escrevendo sobre o tema, na Bahia a conhecida sacerdotisa do Candomblé, recentemente falecida, Maria Stella de Azevedo Santos afirmou que na sua religião, “o velho é muito valorizado. Ele é um herói, pois consegue vencer a morte, que nos procura e ronda todos os dias”.⁶²¹

Críticas podem ser encaminhadas, igualmente, às questões de urbanização adotadas pelas cidades, nas quais surgem obstáculos perigosos e intransponíveis para as pessoas idosas. Urge que o legislador crie regras voltadas à sua imperiosa eliminação.

Será preciso, também, a adoção de preocupação legislativa com instrumentos de auxílio aos idosos, mesmo para aqueles que vivem na companhia dos seus familiares. As relações travadas no âmbito do grupo familiar nem sempre são tranquilas. Imprescindível, então, a instituição legislativa de instrumentos capazes de possibilitar o apoio psicológico especializado aos membros da sua família, com o objetivo de propiciar a melhoria dos relacionamentos que mantêm com o idoso.

Quando existem, o patrimônio e a renda da pessoa idosa devem ser vinculados, prioritariamente, ao atendimento das suas próprias carências. Se o idoso não possui meios próprios para o atendimento das suas necessidades, o exercício do seu direito a alimentos poderá ser uma solução.

São esses alguns dos inúmeros aspectos relativos à pessoa idosa, das quais podemos extrair as seguintes conclusões:

1. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana emerge acompanhado da fraternidade, da solidariedade e da afetividade, respaldando o exercício dos direitos assegurados à pessoa idosa;

621. SANTOS, Maria Stella de Azevedo. Coletânea dos artigos da yalorixá Maria Stella de Azevedo Santos. Salvador: Editora Jornal à Tarde, 2012, p. 19.

2. A Constituição Federal impõe à família o dever de assistir os seus ascendentes, absorvendo os aspectos assistenciais, materiais, espirituais, psicológicos e afetivos, em benefício do idoso;
3. O legislador infraconstitucional deve criar regras direcionadas à proteção do idoso dentro da família, concretizando, na Lei 10.406/2002 (Código Civil) ou na Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), as determinações contidas nos arts. 229, parte final, e 230 da Constituição Federal.

Ao final, registramos os nossos agradecimentos ao Centro de Ciências Sociais, Departamento de Direito, da Universidade Federal do Maranhão, pelo honroso convite para elaborar um trabalho em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, ex-colega na Magistratura Federal e amigo fraterno há mais de 20 (vinte) anos, durante os quais sempre pude constatar a elevada estatura dos seus propósitos e a grandeza de ser humano que sabe projetar, no mundo, sobretudo em benefício das pessoas hipossuficientes e, portanto, necessitadas da atenção e dos cuidados de todos.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória**: De senectude e outros escritos autobiográficos. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- CARPINEJAR, Fabrício. **Me ajude a chorar**, 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- LEITE, Eduardo. **Famílias Monoparentais**: A situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles. **O crepúsculo do dever**: A ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. 4.ed. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010.
- MIRANDA, JORGE. **Manual de Direito Constitucional**: Direitos Fundamentais, Tomo IV, 5. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NALINE, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SANTOS, Maria Stella de Azevedo. **Opinião-Coletânea dos artigos da valorixá Maria Stella de Azevedo Santos**. Salvador: Editora Jornal à Tarde, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SÉGUIN, Elida. **O idoso: aqui e agora**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

VARELA, Antunes. **Direito de Família**, 1º vol. Lisboa: Livraria Petrony - LDA, 1996.

FRATERNIDADE E A SEPARAÇÃO ENTRE PÚBLICO E PRIVADO: A RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE PRIVACIDADE

MARCIO LUIZ COELHO DE FREITAS⁶²²

1. INTRODUÇÃO

A ideia de que a privacidade é um valor essencial, devendo ser respeitada, protegida e promovida por todos é amplamente difundida no mundo contemporâneo. Não é por outra razão que o artigo XII da declaração Universal dos Direitos do Humanos, adotada em 1948 pelas Nações Unidas e atualmente subscrita por todos os seus 193 países-membros, proclama que “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”⁶²³

A privacidade diz respeito a questões essenciais para a pessoa humana, ligadas à proteção do indivíduo contra o abuso do poder por agentes estatais, por detentores do poder econômico ou simplesmente contra a intromissão indevida de outras pessoas em assuntos íntimos. Assim, questões tão diversas quanto a divulgação de fatos inverídicos sobre uma pessoa, a discussão acerca da possibilidade de utilização de dados obtidos no celular de um preso em flagrante ou os limites do exercício de direitos reprodutivos pelas mulheres estão diretamente ligadas à noção da privacidade

622. Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, atualmente em atuando como juiz coordenador da Corregedoria Nacional de Justiça. Mestre em direito ambiental e doutorando em Direito e Estado pela Unb. Email: marcio.freitas@trf1.jus.br

623. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

Apesar de sua imensa relevância, não há uma definição sobre o conceito de privacidade que possa ser universalmente aceita. Tal como “liberdade” ou “igualdade”, “privacidade” é uma daquelas palavras utilizadas cotidianamente sobre as quais todos têm uma noção do que seja, mas que ninguém consegue definir ao certo. Entretanto, apesar de toda dificuldade conceitual ligada à definição do que é privacidade, pouco associam seu conteúdo a uma dimensão coletiva. Ao contrário, ao pensarmos em privacidade, a ideia inicial que vem à mente é a de individualidade, de um espaço de autonomia do indivíduo ante a coletividade.

Por isso, tratar de privacidade em uma coletânea que tem como tema central o papel do princípio da fraternidade na esfera pública pode parecer algo completamente fora de propósito. Com efeito, a fraternidade pode ser entendida como categoria jurídica e política que tem como escopo a própria condição humana nas relações de convivência, assumindo compromisso com a justiça social, com a qualidade de vida, com a dignidade de todos os seres vivos e o futuro das gerações⁶²⁴. A privacidade, por seu turno, pelo menos em uma primeira aproximação, evoca a ideia de indivíduo, de proteção da subjetividade ante o grupo social. Assim, parece haver uma contradição insolúvel entre a privacidade e a fraternidade, que ocupariam polos diametralmente opostos no panteão dos direitos fundamentais.

No presente artigo, entretanto, pretendemos seguir um caminho diverso, sublinhando a dimensão coletiva da privacidade para reforçar a necessidade de sua compreensão a partir de uma dimensão mais ampla, na através da qual seja possível estabelecer-se uma concepção da privacidade que possa superar a tradicional que a concebe como o direito de ser deixado em paz⁶²⁵

Para tanto, faremos uma discussão acerca do conceito de privacidade, na qual buscaremos salientar a inexistência de consensos mínimos para, em seguida, partindo da história da criação das noções de público e privado, buscar conferir um novo significado para o direito fundamental da privacidade, que deve ser compreendido também à luz do princípio da fraternidade.

624. CF. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019

625. WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (1890), pp. 193-220. Disponível em <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>

2. O CONCEITO DE PRIVACIDADE

Inexiste consenso mínimo entre juristas, filósofos ou cientistas sociais acerca do que pode ser caracterizado como privacidade. Nesse sentido, Daniel Solove⁶²⁶ afirma que a privacidade é “um conceito em desordem. Ninguém consegue articular o que ela significa”, e Wadrow Hartzog⁶²⁷ a qualifica como um conceito amorfo e elusivo. Para Cancelier⁶²⁸, a privacidade pode ser adjetivada como elástica, flexível e fluida. Alan Westin afirmou que “poucos valores tão fundamentais para a sociedade foram deixados tão indefinidos pela teoria social”⁶²⁹ e Mendes e Branco⁶³⁰ afirmam que “não obstante a relevância do tema, verificam-se hesitações quando se trata de definir o que seja exatamente o direito à privacidade”. Após realçar que a privacidade é objeto de estudo de áreas que vão desde a filosofia até a Ciência Política, passando pela Ciência da Computação, Engenharia, Comunicação Ciência da Informação e Direito, Helen Nissenbaum⁶³¹ afirma que o único ponto sobre o qual há uma quase unanimidade é que a privacidade é um objeto complexo e confuso.

A privacidade é, portanto, um conceito vago e de contornos extremamente nebulosos, o que talvez seja uma decorrência do fato de que ela abrange situações que vão desde a proteção à liberdade de pensamento até a proteção contra intervenções excessivas do estado sobre o indivíduo, passando, entre outros aspectos, pela proteção à honra e à imagem, a proteção ao domicílio, o controle sobre o próprio corpo, o direito de ser deixado em paz, a proteção ao sigilo de comunicações e de dados e a limitação do poder estatal de vigilância e de persecução penal.

Ademais, as respostas que as diferentes sociedades apresentam para as questões relacionadas à privacidade são muito diversas, tornando ainda mais

626. Tradução nossa. No original: “a concept in disarray. Nobody can articulate what it means”. SOLOVE, Daniel. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

627. HARTZOG, Woodrow. *Privacy’s blueprint. The battle to control the design of new Technologies*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. P. 10

628. CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. *O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro*. Sequência, n. 76, p. 225. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>

629. Tradução nossa. No original: “few values so fundamental to society as privacy have been left so undefined in social theory”. Citado em SOLOVE, Daniel. *Conceptualizing privacy*. California Law Review, vol. 90. 2002. P. 1089

630. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.

631. NISSENBAUM, Helen. *Privacy in context. Technology, policy and the integrity of social life* Stanford Law Books: Stanford, 2010. P. 67

difícil estabelecer-se um conceito único que abarque todas as diversas questões relacionadas à privacidade. Entretanto, como afirma Kaspar⁶³², apesar das convenções sociais em torno do que significa privacidade variarem muito de acordo com o contexto sócio-histórico, as pesquisas antropológicas demonstram que, mesmo quando se leva em consideração aquelas sociedade em que havia menos espaço para os indivíduos se manterem longe do grupo, pelo menos o desejo por privacidade sempre foi algo comum a todas as sociedades⁶³³.

Entretanto, não obstante essa dificuldade conceitual, legisladores, reguladores e operadores do direito são constantemente confrontados com questões que dizem respeito, direta ou indiretamente, à privacidade. Especialmente em um contexto em que se discute sobre como agir diante de uma situação em que a privacidade se apresenta em colisão com outros direitos fundamentais, como quando a honra é contraposta à liberdade de expressão, ou quando o sigilo de dados é confrontado com a necessidade de proteção à segurança pública, a ausência da compreensão do que seja a privacidade, de quais são seus contornos e qual a importância de sua proteção, assume uma especial importância, pois faz com que a proteção à privacidade quase sempre seja relegada a um plano secundário⁶³⁴.

A necessidade de se compreender e valorar adequadamente a privacidade é extremamente importante no campo jurisdicional, quando se trata de aplicar o direito para solucionar problemas relacionados à privacidade, já que ela é vista como um princípio e, atualmente, é quase unânime o entendimento de que a concretização de princípios deve ser feita através da técnica da ponderação e do sopesamento, e não da subsunção⁶³⁵. De fato, a falta de compreensão do que

632. KASPAR, Debbie. *The Evolution (or Devolution) of Privacy*, Sociological Forum, n. 20, 2005, p. 69. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/4540882>

633. Danilo Doneda parece discordar dessa ideia, quando afirma que “não havia lugar para a tutela jurídica da privacidade em sociedades que conferiam a sua regulação a outros mecanismos”. Entretanto, acreditamos que a divergência aqui é mais aparente do que real, posto que possivelmente o autor neste trecho não se referia à ideia de privacidade, mas à sua tutela jurídica, ao direito à privacidade, o que fica evidente quando afirma em seguida que “o despertar do direito para a privacidade ocorreu justamente num período em que muda a percepção da pessoa humana pelo ordenamento e ao qual se seguiu a juridificação de vários aspectos do cotidiano”. Ver DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 08.

634. Cf. SOLOVE, Daniel. *Nothing to hide. The false tradeoff between privacy and security*. New Haven: Yale University Press, 2011.

635. A definição de princípios (aplicáveis por ponderação) em contraposição a regras (aplicáveis por subsunção) é fonte de infindáveis divergências doutrinárias, havendo mesmo quem afirme inexistir qualquer diferença ontológica entre tais categorias normativas. Entretanto, pode-se afirmar que a posição mais usualmente adotada pelo Judiciário no Brasil é a de Robert Alexy, que caracteriza princípios (categoria na qual se incluiria a privacidade) como um mandamento de otimização, isto é, como uma ordem para que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as

é a privacidade e de qual sua importância faz com que muitas vezes somente os valores a ela contrapostos sejam percebidos como dignos de proteção, levando o legislador e as autoridades regulatórias a menosprezar o que está em risco quando a privacidade está sob ameaça, deixando de levar em consideração o papel que a lei e a regulação deveriam assumir na proteção da privacidade.

Sem uma compreensão adequada do conceito de privacidade, tanto a regulação quanto a solução judicial dos problemas a ela relacionados perdem em racionalidade, favorecendo a adoção de soluções voluntaristas e incapazes de possibilitar que se alcance o equilíbrio dos interesses colidentes.

É de se ter claro, entretanto, que um conceito jurídico não pode ser compreendido de forma dissociada da formulação das ideias que lhe dão sustentação social. Por isso, para a correta compreensão da privacidade, é importante que façamos uma breve incursão sobre a evolução da própria ideia da privacidade, isto é, às concepções filosóficas de privacidade, da separação entre o espaço público e o espaço privado.

3. PÚBLICO E PRIVADO: A EVOLUÇÃO DA IDEIA DA PRIVACIDADE

De acordo com sua noção atualmente mais difundida, a privacidade é um direito essencialmente individual que mantém uma ligação estreita com a ideia de liberdade. Não é por acaso que são recorrentes as distopias de um futuro em que um déspota autoritário se mantém no poder eliminando a privacidade e controlando todos os aspectos das vidas da população, acabando com a liberdade individual. Sejam as teletelas da Oceania de George Orwell, seja o olho de Sauron na Mordor de Tolkien, a existência de instrumentos de vigilância e controle dos indivíduos tem sido a forma preferencial pela qual a ficção retrata a atuação do totalitarismo. A redução do espaço privado quase sempre aparece como um pressuposto para o exercício e manutenção do poder nas ficções totalitárias, onde a conquista da liberdade é representada pela busca de um espaço próprio e particular no qual o indivíduo possa exercer livremente sua subjetividade, sem a vigilância e o controle do poder opressor.

A privacidade, nessa perspectiva, constitui um contraponto necessário à ideia de um espaço público de visibilidade no qual o indivíduo não consegue

condições fáticas (apreciadas nas categorias da adequação e da necessidade) e jurídicas (quando entram em jogo os princípios contrapostos). Os princípios, assim, diversamente das normas (que são aplicadas segundo a lógica do tudo-ou-nada), têm uma dimensão de peso e precedência, podendo ser cumpridos em maior ou menor grau, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Sobre o tema, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ser totalmente livre. A garantia da manutenção de um espaço privado, protegido contra a vigilância e controle pelos poderes políticos e econômicos, é vista como condição para que cada um possa ser e pensar de forma autônoma.

A separação entre o espaço público e o privado e a preocupação com a privacidade como elemento da liberdade, entretanto, não é algo novo. No Código de Hamurabi e no Direito Romano já havia previsões legais protegendo a casa contra intrusos⁶³⁶.

Entretanto, a valoração do espaço privado em sua contraposição ao público e ao governamental é algo que mudou muito ao longo do tempo, já que nem sempre a esfera privada foi tida como um espaço a ser valorizado, o que fica evidente quando se analisa a evolução de tais conceitos. Como afirma Habermas⁶³⁷, público e privado são categorias tradicionais cujo sentido foi sendo construído ao longo de períodos históricos diversos e que têm origem grega, mas que nos foram transmitidas a partir de seu molde romano.

Na Grécia antiga, havia uma distinção clara entre a esfera privada, constituída pela esfera da casa (*oikos*), ligada à família e àquilo que é próprio ao homem e que se fundava nas relações como a *phratria* (irmandade) e a *phyle* (amizade)⁶³⁸, e o espaço público, a *Pólis*, domínio da vida política, da qual os cidadãos participavam através da ação (*praxis*) e do discurso (*lexis*)⁶³⁹.

Nas cidades-estado gregas, a esfera da *Pólis* era estritamente separada da esfera da *Oikos*. A vida pública, comum a todos os cidadãos livres, se constituía no discurso (*lexis*), que também podia assumir a forma de deliberação de um tribunal, ou na busca da ação comum (*práxis*) e depende da autonomia privada do cidadão como senhor de sua casa. A esfera privada, por seu turno, mais do que ligada ao nome da casa, também estava ligado ao poder de disposição sobre a economia doméstica e sobre a família.

A noção aristotélica do homem como essencialmente um ser político, dotado de fala, reflete a visão da *polis* como sendo o ápice da construção social humana, posto que “ser político” significa ter a capacidade de utilização das palavras e da persuasão como formas de solucionar os problemas comuns, e não mais a violência, método pré-político de solução de problemas. É interessante

636. CF. SOLOVE, Daniel. *Nothing to hide. The false tradeoff between privacy and security*. New Haven: Yale University Press, 2011

637. HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de La opinion publica. La transformación estructural de La vida pública*. 5ª. Edición. Barcelona: Ediciones G. Gilli, 1997. p. 43

638. CF. ANTUNES, Marco António. *O público e o privado em Hannah Arendt*. Biblioteca On Line de Ciências da Comunicação, 2004. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-publico-privado.pdf>

639. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 34

notar que, segundo Arendt⁶⁴⁰, ao definir o homem como um ser político (*zoon politikon*) e como um “ser vivo dotado de fala” (*zoon logon ekhon*), Aristóteles não pretendeu tratar do homem em geral ou mesmo da racionalidade do ser humano, mas apenas refletia sua visão acerca daquilo que ordinariamente ocorria na Grécia antiga, isto é, descrevia a realidade da época, posto que o homem que vivia fora da *pólis*, como os bárbaros e os escravos, não participava de um modo de vida em que o discurso tinha papel central na solução dos conflitos. A estrita separação entre o público e o privado, portanto, eram uma realidade na sociedade grega, sendo um dos elementos constitutivos daquela sociedade.

Na esfera privada, imperavam relações desiguais, pois se tratava de um espaço onde só o chefe da família exercia o poder sobre os seus subordinados (a sua mulher, filhos e escravos), sendo que esse poder exercido na esfera “privada” não era limitado pelas leis ou pela justiça da *pólis*. A esfera pública, por outro lado, se estabelecia em um contexto que, apesar de ser excludente (uma vez que só admitia a participação do chefe de família), era caracterizado pela relação entre iguais (igualdade aqui entendida não como expressão de qualquer noção de justiça, mas unicamente no sentido de que as relações políticas eram estabelecidas sem noções de hierarquia). Essa distinção entre as relações do público e do privado ficam bem evidentes em Aristóteles⁶⁴¹, quando, ao tratar da virtude da Justiça, afirma que somente é possível haver justiça ou injustiça fora do ambiente doméstico, pois cometer injustiça em casa seria como cometer uma injustiça contra si próprio, por isso que, no espaço doméstico, não pode haver nada de justo ou injusto no sentido político.

Os limites entre o espaço público e o privado eram bem demarcados, de modo que o espaço privado era a aquele onde as relações estabelecidas ficavam imunes aos assuntos públicos. A relação do chefe de família com os servos, os filhos ou a mulher se situavam em um campo pré-político, no qual não havia espaço para a persuasão como forma de solução de conflitos, mas somente a violência e a força. Havia um verdadeiro abismo entre o espaço público da *Pólis* e o espaço privado da *oikia* (a casa, espaço doméstico, economia domésticas, referente ao espaço físico em que se estabeleciam as relações) e o *oikos* (bens existentes no espaço privado).

640. IDEM, Op. Cit, p. 36

641. ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Livro V, 6. 1134a 26-28. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

A diferença que se estabelecia entre o privado e o público, entre o doméstico que era escravo e o chefe da casa que era um cidadão, entre um espaço onde imperava a hierarquia e outro onde imperava a igualdade, se refletia na noção de que havia atividades que deveriam ser desempenhadas escondidas na privacidade do lar e outras que eram dignas de serem desempenhadas em público.

Para os antigos, a privacidade implicava em privação, posto que o indivíduo deixava de participar inteiramente da vida pública, passando a viver como um bárbaro ou um escravo fora da valorização da posição do espaço privado. Ou seja, o privado estava ligado a uma privação da atuação na arena política, a uma ausência do espaço público, em que a virtude deveria se sobressair. Quem não pudesse participar da vida pública não era inteiramente humano, posto que estava privado de um aspecto essencial da existência, aquele que se desenvolvia na esfera pública da *Pólis*.

Assim, a esfera pública é o espaço da visibilidade, enquanto a esfera privada é o espaço do ocultamento⁶⁴², pelo que somente aquilo que está no espaço público é que era tido como relevante. Como afirma Arendt⁶⁴³, até mesmo a meia luz que ilumina nossa vida privada e íntima deriva da intensa claridade que vem da esfera pública, dado que “há muitas coisas que não podem suportar a luz implacável e crua da constante presença de outros no mundo público; neste, só é tolerado o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante se torna automaticamente assunto privado.”

O modelo helênico de publicidade associava a luz da publicidade à igualdade, na medida em que a publicidade permitia que todos os assuntos públicos (isto é, ligados ao bem comum), fossem discutidos por todos os cidadãos em pé de igualdade, levando a que os melhores pudessem se sobressair. O público, assim, passou a ser o espaço por excelência onde as virtudes poderiam ser preservadas, por ganharem reconhecimento, enquanto o espaço privado, *oikos*, era onde o homem atuava para suprir suas necessidades biológicas, garantindo sua sobrevivência.

A reclusão do espaço privado era identificada com o irrelevante e transitório, ao passo que o espaço público era destinado ao exercício das virtudes, que fariam com que a permanência na terra não passasse despercebida. Era no espaço público que o indivíduo tinha a possibilidade de se diferenciar dos

642. Idem, *Ibidem*, p. 45

643. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 61

demais, sobressaindo-se e, assim, alcançando a perenidade⁶⁴⁴, deixando um legado que poderia ultrapassar a sua morte.

Vale ressaltar que não cabe qualquer tentativa de se avaliar a democracia grega a partir de valores da sociedade contemporânea, uma vez que a democracia grega só era possível pela restrição da participação na esfera pública àqueles poucos que eram capazes de prover a subsistência própria e dos seus. Por isso que, para os poucos que conseguiam se qualificar para ocupá-lo, o espaço público era um espaço de liberdade, no qual o indivíduo podia agir de forma a demonstrar suas virtudes e afirmar sua individualidade entre seus pares.

A distinção entre o público e o privado no mundo antigo correspondia à oposição entre a relevância e a irrelevância, entre a permanência e a futilidade, entre a honra a vergonha ou inutilidade.⁶⁴⁵ Por isso, de um modo geral, o espaço público era o local das virtudes, onde se localizavam a liberdade e a igualdade entre os cidadãos, ao passo que o privado era o espaço mundano da satisfação das necessidades.

Entretanto, mesmo a despeito da manutenção da força da ideia de superioridade do público sobre o privado, tão cara aos gregos, nas diferentes configurações sociais que se sucederam essa diferença foi sendo progressivamente diminuída, tendo perdido muito de sua importância após a queda do Império Romano, quando o público (ou melhor, o aspecto político do espaço público) foi parcialmente substituído pelo sagrado, com a igreja Católica assumindo o papel de oferecer a cidadania que anteriormente era outorgada pelo governo municipal⁶⁴⁶.

Na idade média passa a haver uma alteração fundamental no âmbito do espaço privado, que deixa de ser relegado ao aspecto de irrelevância e passa a ser elevado à condição de local em que também ocorrem relações importantes e de interesse da coletividade, o que faz com que se passe a enxergar também no espaço privado local de exercício de virtudes.

De fato, uma das diferenças que se estabeleceu entre a figura da antiguidade clássica do *Pater familiae* e o senhor feudal é que este último poderia exercer justiça dentro de seu espaço privado, ao passo que essa noção era totalmente desconhecida para o chefe de família da antiguidade, que não conhecia leis ou justiça fora do espaço público. Assim, o espaço privado passa a ser também um local ocupado pelas virtudes antes reservadas unicamente ao espaço público,

644. ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 66

645. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 83

646. ARENDT, Hannah. Op. Cit. P. 43

atraído maior atenção e escrutínio para o que antes era excluído dos debates acerca da vida boa e do bem comum.

A modificação do *status* do espaço privado levou ao ajustamento de todas as atividades humanas, que passaram a seguir o molde familiar nas suas relações, gerando profundas consequências nas organizações profissionais, como as corporações de ofício e guildas, marcadas pela hierarquia⁶⁴⁷, e até mesmo nas primeiras companhias comerciais, nas quais, como afirma Arendt, “o lar comum original parecia estar implícito na própria palavra (*companis*)”⁶⁴⁸.

Para Rodotà⁶⁴⁹, o fortalecimento do desejo de intimidade na Idade Média foi uma mudança radical que, ao alterar até mesmo a forma da casa, permitiu o afastamento, por vontade própria, da vida e das atividades comuns, marcando o início de um novo alinhamento de classes. A burguesia se diferenciou das demais classes pela possibilidade de aproveitar plenamente a própria intimidade, isolando-se não só dos demais estamentos sociais, mas inclusive da própria burguesia, por isso que o surgimento das condições materiais para a intimidade guarda profundas ligações com a própria identidade de classe da burguesia no corpo social. O burguês, como afirma Rodotà, “apropria-se de um seu ‘espaço’, com uma técnica que lembra aquela estruturada para a identificação de um direito à propriedade ‘solitária’”⁶⁵⁰.

Houve assim uma profunda alteração na concepção do que se entendia como “privado”, que gradativamente foi perdendo o sentido de privação da participação da comunidade política e passou a estar ligado à noção de proteção de uma esfera própria do indivíduo, separado da coletividade. A alteração do sentido de privacidade, que hoje remete a um círculo de intimidade, é um acontecimento concomitante à elevação da posição valorativa conferida à noção de “privado”, que foi enriquecida a partir do individualismo moderno⁶⁵¹.

A noção do privado como um espaço subalterno e inferior ao público, perdeu força com a ascensão do cristianismo, cuja moral sempre insistiu na ideia de

647. Vale notar que apesar de a organização da hierarquia interna das guildas e confrarias ter promovido a concentração de poder político e econômico em torno dos mestres, fomentando uma regulamentação de uma estrutura interna que favorecia as famílias mais tradicionais e reservando maiores ganhos e acesso aos mais próximos, essas instituições também sofreram forte influência dos poderes seculares e religiosos, numa relação de influência mútua. Sobre o tema, ver OLIVEIRA, Elizandro e REIS, Jaime. *O poder nas corporações de ofícios*. Anais do VIII Congresso Internacional de História. 2017. Disponível em <http://www.cih.uem.br/anais/2017/trabalhos/3493.pdf>

648. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007 P. 44

649. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A sociedade hoje*. Rio de Janeiro: Renovr, 2008, p. 26

650. Idem, *Ibidem*, p. 27

651. Idem, *Ibidem*. P. 48

cada um deve cuidar de seus próprios afazeres. Com a ascensão da burguesia, a igualdade entre aqueles poucos admitidos aos espaço público passou a ser insuficiente, e a busca pela liberdade no mundo produtivo do trabalho e da circulação de mercadorias passou a ser a ideia reitora, fazendo com que, do mundo obscuro da privatividade, se verificasse o surgimento do social que, como lembrar Arendt, não foi construído em oposição ao público, mas em contraste com o espaço privado doméstico⁶⁵².

Com o avanço do capitalismo para seu estágio mercantilista, no qual os estados se estruturaram com um corpo militar e administrativo permanentes, os burgueses passaram a sentir a necessidade de fazer com que sua emancipação econômica também representasse uma emancipação política. Isso levou à necessidade de criação de um espaço social próprio para debate de temas como o intercâmbio de mercadorias e a regulação do trabalho (que, como visto não pertencia ao espaço público, mas unicamente à esfera privada, posto que ligado à satisfação das necessidades, e não à vida boa aristotélica).

Assim, a partir da idade média, com a crescente participação da burguesia nas discussões públicas, a antiga visão do privado como algo subalterno e inferior passou a dar lugar a uma valorização dos espaços e negócios privados (aí incluídos o campo do social) e acabou modificando a própria noção de esfera pública.

Para Habermas⁶⁵³, o ponto de partida histórico para a moderna concepção de privacidade como intimidade livre e plena é o fato de que a autocompreensão da razão pública passou a ser guiada pelas experiências procedentes da esfera íntima das pequenas famílias (unidade social que se contrapõe às grandes famílias da antiguidade). Foram exatamente as experiências privadas procedentes da subjetividade e o uso da razão pública como elemento de crítica que fizeram com que a privacidade assumisse seu sentido moderno.

O antigo sentido do privado, marcado pelas ideias de privação da esfera pública e de local “subalterno”, voltado unicamente à necessidade de buscar a sobrevivência, cedeu espaço à uma nova concepção, onde as relações familiares passam a se refletir na polarização entre o estado e o social. Neste espaço

652. Para Arendt, “a privatividade moderna é pelo menos tão nitidamente oposta à esfera social – desconhecida dos antigos, que consideravam seu conteúdo como assunto privado – como o é a esfera política propriamente dita. O fato histórico decisivo é que a privatividade moderna, em sua função mais relevante – proteger aquilo que é íntimo – foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual, portanto, tem laços ainda mais estreitos e mais autênticos”. Op. Cit. P. 48

653. HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de La opinión pública. La transformación estructural de La vida pública*. 5ª. Edición. Barcelona: Ediciones G. Gilli, 1997. p. 66

social, o status do homem na esfera privada passou a combinar os papéis de possuidor de mercadorias com o do *pater familiae*. Com a modernidade surgiu a esfera do social, marcada pela divisão entre as instâncias do Estado e da Sociedade na discussão de temas de interesse da coletividade, ou seja, passou a haver uma divisão entre os temas coletivos discutidos pelo poder público e temas também de interesse coletivo discutidos no âmbito da esfera privada (que passou a contar ela própria com uma esfera de discussões de assuntos públicos relevantes).

Habermas define como ‘públicos’ os acontecimentos que são acessíveis a qualquer pessoa, e a esfera pública como sendo aquela em que pessoas privadas se juntam enquanto um público, por isso a esfera pública habermasiana é um espaço que se desenvolve no campo das tensões entre Estado e sociedade, sendo certo que o avanço da economia e suas formas de relações de mercado fez surgir a esfera do “social”, na qual aparecem novas formas de autoridade, constituídas fora do âmbito da autoridade pública. Há uma certa transferência de competências públicas para entidades privadas e uma substituição do poder público por um poder social⁶⁵⁴.

Um dos traços mais marcantes de tal concepção de esfera pública é que ela se localiza no domínio privado, já que é constituída por pessoas privadas⁶⁵⁵. A esfera pública burguesa, assim, é formada por indivíduos privados que, em conjunto, debatem publicamente assuntos de interesse geral e que funciona como uma instância de controle e de legitimação do poder político exercido pelo estado administrativo.

A chegada da modernidade coincidiu historicamente com a transformação da preocupação individual com a propriedade privada em preocupação pública. O advento do “social” como espaço dentro da esfera privada no qual se debatem assuntos público, referentes ao interesse da coletividade (essencialmente relacionados ao trabalho e ao comércio de mercadorias) foi um processo concomitante ao declínio da família e ao surgimento da sociedade de massas, indicando

654. LUBENOW, Jorge Adriano. A esfera pública 50 anos depois: esfera pública e meios de comunicação em Jürgen Habermas em homenagem aos 50 anos de Mudança estrutural da esfera pública. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 35, n. 3, p. 189-220, Dec. 2012. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732012000300010&lng=en&nrm=iso

655. HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de La opinión pública. La transformación estructural de La vida pública*. 5ª. Edición. Barcelona: Ediciones G. Gilli, 1997.

[...] que os vários grupos sociais foram absorvidos por uma sociedade única, tal como as unidades familiares haviam sido agregadas por grupos sociais; com o surgimento da sociedade de massas a esfera do social atingiu finalmente, após séculos de desenvolvimento, o ponto em que abrange e controla, igualmente e com igual força, todos os membros de determinada comunidade.⁶⁵⁶

O desenvolvimento da esfera pública burguesa tem relação com dois fenômenos interligados: a existência das condições materiais necessárias ao desenvolvimento da intimidade e a busca de emancipação política pela burguesia, que desde cedo buscou fazer com que esse espaço de discussões públicas, compostas por pessoas privadas (essencialmente pelos burgueses), fosse regulada como se estivesse acima das próprias autoridades públicas, de forma que as discussões sobre o mundo econômico, sobre as regras gerais acerca do comércio de mercadorias e do trabalho, se mantiveram como discussões basicamente privadas, mas publicamente relevantes⁶⁵⁷.

Em grande medida essa transformação decorreu do fato de que as relações de trabalho e comércio não mais puderam permanecer circunscritas à intimidade, aqui entendida como uma área reclusa da esfera privada. Isso levou à aceleração da mudança de concepção de esfera pública, na qual o *status* do homem privado combina o papel de possuidor de mercadorias com o de pai de família, levando ao desdobramento da esfera privada em planos mais elevados do que aqueles limitados à mera esfera da intimidade e formando a esfera social.

Para Arendt⁶⁵⁸, a elevação da economia doméstica e das atividades caseiras à condição de tema público relevante, próprio da esfera social, observável ao longo de três séculos, canalizou os processos da vida para a esfera pública. A esfera privada da família, plano no qual as necessidades da vida, da sobrevivência individual e da continuidade da espécie eram atendidas e garantidas, foi desconfigurada no momento em que o labor e as atividades econômicas de circulação de mercadorias se tornaram publicamente relevantes.

A polarização gerada entre esfera íntima e esfera social fez com que atividades que antes eram designadas para a formação social e provinham de instituições públicas passassem a ser desempenhadas por organizações privadas. Ao mesmo tempo, houve também uma mudança estrutural na família,

656. ARENDT, Hannah. Op. Cit. p. 50

657. HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de La opinion publica. La transformaci3n estructural de La vida p3blica*. 5ª. Edici3n. Barcelona: Ediciones G. Gilli, 1997. P 65/66

658. ARENDT, Hannah. *A condi33o humana ...*, p. 55

que perdeu suas funções tradicionais, e a tarefa de prover garantias sociais passando a ser assumida precipuamente pelo Estado. Assim, as políticas públicas acabam por de certa forma é “desprivatizar” a família.

Por outro lado, o descolamento de determinadas relações da esfera privada leva à elevação da esfera social, que apesar de surgir a partir da esfera privada, com ela não se confunde, estabelecendo-se como que um *tertium genus*. A ascensão da esfera do social leva à publicização do privado e a privatização do público, fazendo com que surja o problema de identificar o que é público e o que é privado, posto que as esferas passam a se interpenetrarem, provocando a falsa impressão de que tudo se torna público e tudo se torna privado.

Neste ponto, é interessante notar que as análises de Habermas e Arendt parecem fundar-se numa visão de que os valores “liberdade individual” e “igualdade social” seriam auto-excludentes. Enquanto Hannah Arendt baseou suas análises na liberdade e singularidade de cada indivíduo, concebendo a esfera pública aristotélica como um local em que os homens deveriam mostrar suas melhores qualidades, Habermas investigou o surgimento do espaço público burguês sob a ótica da igualdade, tendo como principal referência a Idade Moderna e seus desdobramentos liberal e, posteriormente, social-democrata⁶⁵⁹.

A ênfase da análise habermasiana ao valor igualdade fica bem evidente quando se nota que, mesmo a despeito de ter modificado alguns de seus conceitos ao longo do tempo, no prefácio à obra *Mudança estrutural da esfera pública*, escrito em 1990, Habermas reforça que a igualdade de cidadania, alcançada de um modo geral no século XX, não afetou o caráter patriarcal da sociedade como um todo. Para ele, a alteração da relação entre esfera pública e esfera privada ainda deve ser compreendida a partir dos conceitos da crítica marxista da ideologia e da dominação, na medida em que a igualdade de direitos e de participação ampla na esfera pública ainda excluía mulheres e a “plebe”, isto é, os homens dependentes⁶⁶⁰.

As diferenças de foco entre as análises de Habermas e Arendt ensejam diversos questionamentos e abrem a possibilidade de uma rica discussão entre a oposição liberdade/igualdade, a qual tem relação direta com a compreensão dos direitos fundamentais.

659. BARBOSA-FOHRMANN. Ana P. Algumas incursões sobre o significado de espaço público nos pensamentos de Hannah Arendt, Jürgen Habermas, Charles Taylor e Nelson Saldanha. *Diálogos Latinoamericanos* nº 10. V. 1, 2005. PP. 73-97. Disponível em <https://www.academia.edu/3323628>

660. HABERMAS. Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Prefácio à nova edição (1990). p. 45.

Entretanto, a caracterização da privacidade de forma unidimensional, como sendo ligada unicamente à liberdade ou mesmo à igualdade parecem ser ainda insuficiente para garantir a este direito fundamental o papel de relevo que a ele deve ser conferido na sociedade contemporânea. Especialmente quando se tem em mente as profundas transformações que a transposição de um mundo analógico para um mundo essencialmente digital impõem à privacidade, percebe-se que caracterizar esse direito como reflexo da igualdade (o que implicaria em conferir à privacidade uma posição de superioridade quando em colisão com outros direitos fundamentais) é tão inadequado como caracterizá-la como reflexo da igualdade (o que implicaria em garantir supremacia aos interesses coletivos sobre os individuais, fazendo com que a privacidade sempre cedesse espaço aos direitos fundamentais a ela contrapostos).

Assim, a correta compreensão da amplitude da privacidade exige uma leitura que não seja limitada por visões parciais, e é exatamente nesse ponto que o recurso ao princípio da fraternidade se apresenta como um caminho para possibilitar superar tais dificuldades, emprestando à privacidade um novo significado, que garanta a este conceito jurídico capacidade operativa para superar os desafios de uma sociedade cada vez mais imersa no mundo digital.

De fato, a fraternidade, tendo como centro axiológico a dignidade da pessoa humana fornece instrumento teórico para, como bem afirma Reynaldo Fonseca, “promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica”⁶⁶¹

4. A DIMENSÃO COLETIVA DA PRIVACIDADE

A passagem do sombrio mundo do lar para a luz daquilo que é público alterou profundamente o significado dos sentidos de público e privado, de modo que, se Arendt reforça a ideia de que o sentido moderno de privacidade como esfera da intimidade decorreu da alteração da própria concepção daquilo que é a privacidade, com Habermas, pode-se afirmar que a noção moderna de privacidade corresponde ao reconhecimento político e jurídico de que a sociedade conquistou o espaço público.

A importância dos papéis desempenhados nas relações privadas, na sua interação dialética com os papéis exercidos pelos atores no espaço público,

661. FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade. Seu resgate no sistema de justiça. P. 96

fez com que atualmente seja inegável a posição de destaque, no mínimo equivalente, conferida às esferas pública e privada. Arendt afirma que, do ponto de vista da privacidade, a distinção entre as esferas pública e privada está ligada à distinção entre o que deve ser exibido e o que deve ser mantido oculto, por isso o privado era aquilo que, deveria ser ocultado. Havia, assim, uma assimilação entre o que era privado (e, portanto, ocultado) e o que era irrelevante. Essa assimilação entre privado e irrelevante perdurou por muitos séculos, sendo certo que “somente a era moderna, em sua rebelião contra a sociedade, descobriu quão rica e variegada pode ser a esfera do oculto nas condições da intimidade”⁶⁶². A ascensão da privacidade, que passou a ser tida como local de relevo e merecedor de atenção por parte da coletividade foi bem descrita por Baudrillard⁶⁶³:

Isso pode ser visualizado na inversão de valor entre história e cotidianidade, entre esfera pública e esfera privada. Até os anos 60, a história se impõe como tempo forte: o privado e o cotidiano não são mais do que o avesso obscuro da esfera política. No melhor dos casos, intervém uma dialética entre os dois e pode-se pensar que um dia o cotidiano, como o individual, resplandecerá além da história, no universal. Mas até lá só se pode deplorar o recuo das massas a sua esfera doméstica, sua recusa da história, da política e do universal, e sua absorção na cotidianidade embrutecida do consumo (felizmente elas trabalham, o que lhes garante um estatuto histórico “objetivo” até o momento da tomada de consciência). Hoje, inversão do tempo fraco e do tempo forte: começa-se a vislumbrar que o cotidiano, que os homens em sua banalidade até que poderiam não ser o reverso insignificante da história - melhor: que o recuo para o privado até poderia ser um desafio direto ao político, uma forma de resistência ativa à manipulação política. Os papéis se invertem: é a banalidade da vida, a vida corrente, tudo o que se estigmatizara como pequeno-burguês, abjeto e apolítico (inclusive o sexo) que se torna o tempo forte; e é a história e o político que desenvolvem sua acontecimentalidade abstrata algures.

O espaço privado, um espaço no qual o indivíduo pode desenvolver suas potencialidades livre da vigilância e controle da coletividade, um domínio de auto-desenvolvimento e de escolhas morais, no qual se desenvolve a vida cotidiana, ganha ares de elemento essencial para a vida em sociedade. A garantia de um espaço de proteção para a privacidade está ligada à possibilidade de

662. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. p. 82

663. BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas O fim do social e o surgimento das massas*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985. p. 22

livremente exercer direitos fundamentais. A privacidade, portanto, tem um caráter instrumental, atuando como meio de proteção de outros direitos e valores. Liberdade, igualdade e até mesmo a democracia dependem da proteção à privacidade para que efetivamente possam florescer.

A visão da privacidade por uma perspectiva instrumental, ligada à proteção de outros direitos e valores, especialmente no campo da participação política, tem sido sustentada por Evgeny Morozov⁶⁶⁴, para quem a questão relativa à privacidade é sobretudo política, e depende de uma solução cívica, dado que soluções como as de criação de mecanismos de pagamento por uso de dados privados ou a aprovação de leis acerca de privacidade são insuficientes. Para ele, a privacidade não é um fim em si mesma, mas constitui um meio para se atingir um certo ideal de política e participação democrática, no qual os cidadãos sejam mais do que meros fornecedores de dados para tecnocratas e capitalistas sedentos por vigilância e controle.

A privacidade é parte importante de uma democracia, porque é ela que garante aos indivíduos a possibilidade de desenvolver e expressar sua própria opinião, livre da vigilância, controle e manipulação. Nessa perspectiva, a privacidade passa a ser vista também como um dos componentes fundamentais para a construção de um regime efetivamente democrático. Sem que se garanta a privacidade, não só a possibilidade de os indivíduos se manifestarem livremente no espaço público, mas também a possibilidade de construir e desenvolverem suas convicções sem manipulações e influências, não se poderá efetivamente falar em democracia.

De fato, entre os fundamentos da democracia está o de que é as decisões políticas devem ser tomadas levando em consideração os interesses de todas as pessoas, sendo certo que ninguém melhor do que o próprio indivíduo para julgar quais são seus próprios interesses e para defendê-los. A junção dessas duas ideias leva ao que Dahl⁶⁶⁵ chama de princípio forte da igualdade, que parte da crença de que nenhum dos membros de uma coletividade, isoladamente considerado, e nem tampouco nenhuma minoria podem ser considerados como tão superior a ponto de receber a autorização de toda a coletividade para governá-la. A democracia, portanto, ao levar em consideração o interesse de todas as pessoas, maximiza a liberdade ao garantir direitos políticos básicos e

664. MOROZOV, Evgeny. *The Real Privacy Problem*. MIT Technology review. Outubro de 2013. disponível em <https://www.technologyreview.com/2013/10/22/112778/the-real-privacy-problem/>

665. CF. DAHL, Robert. *Democracia e seus críticos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 47

direitos fundamentais como a liberdade de expressão e associação, permitindo que as pessoas, suma, vivam sob as leis que eles escolheram.

A democracia, portanto, pressupõe a possibilidade de escolha e, em uma sociedade na qual o indivíduo seja monitorado e vigiado constantemente, essa possibilidade é muito reduzida, tornando-se, na prática, quase inexistente. Um exemplo dado por Morozov⁶⁶⁶ ajuda bem a compreender de que forma a diminuição da privacidade no mundo digital solapa a possibilidade de escolha.

Analisando as possibilidades do cruzamento de dados entre a geolocalização e o serviço de pesquisas semânticas Graph Search⁶⁶⁷, que funcionou no Facebook até 2019, ele imagina a hipótese de um usuário ter pesquisado sobre restaurantes vegetarianos próximos ao local onde ele se encontra, o que poderia indicar a possibilidade de que o sujeito estivesse pensando em deixar de consumir carnes. O Facebook, então, faz em tempo real um leilão entre indústrias de carne e indústrias de produtos veganos, para saber quem tem mais interesse nos dados daquele usuário. Uma vez que a indústria de carnes tenha obtido maior sucesso na aquisição dos dados do usuário, ele passa a receber inúmeros “incentivos” para não alterar seus hábitos de consumo, como por exemplo a informação de que a seção de carnes no supermercado está com promoções, ou que a churrascaria local está oferecendo um desconto no jantar, etc, até que, após algum tempo, o usuário acabe por decidir manter seus hábitos carnívoros. Assim, o que parece à primeira vista uma escolha livremente feita pelo indivíduo, acaba por se revelar em grande medida produto de uma série de “empurrões” e “incentivos” decorrentes da obtenção de dados pessoais que foram utilizados de acordo com uma estratégia comercial para regular comportamentos.

No mesmo sentido, em meados da década de 1980, um dos pioneiros campo da proteção de dados, Spiros Simitis, realçou a ligação entre privacidade e democracia, chamando atenção para o fato de que a participação democrática

666. MOROZOV, Evgeny. *Big tech. A ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu Editora, 2018, pp. 32/32

667. O Graph Search era um motor de pesquisa semântico, que apresentava resultados como respostas a pesquisas feitas em linguagem natural, a partir do cruzamento de dados mapeados dos usuários da plataforma (e que incluíam seus amigos e contatos na rede) com dados externos, obtidos do Bing e de dados de geolocalização, para dar uma resposta específica para cada usuário. A ferramenta entrou em operação em março de 2013, teve sua visibilidade restrita em 2014 e foi praticamente desabilitada em junho de 2019, em meio a polêmicas sobre possíveis violações à privacidade dos usuários, ante a riqueza de dados que poderiam ser obtidos por meio das pesquisas por esse motor. Sobre o assunto, ver COX, Joseph. *Facebook Quietly Changes Search Tool Used by Investigators, Abused By Companies*. Motherboard, 2019. disponível em https://www.vice.com/en_us/article/zmpgmx/facebook-stops-graph-search

pressupõe interação constante entre as esferas pública e privada, sendo que a coleta e processamento de dados em massa possibilita uma verdadeira colonização da vida do indivíduo, colocando em risco a possibilidade da democracia.

Isso ocorreria por três razões: a primeira é o fato de que as questões relativas à privacidade não mais podem ser consideradas como problemas meramente individuais, mas antes expressam conflitos que afetam a todas as pessoas. Em segundo lugar, as novas tecnologias possibilitam gravar e reconstruir as atividades do indivíduo em detalhes, quase minuto a minuto do dia. Finalmente, essas informações são constantemente utilizadas para impor padrões de comportamento. Por isso quanto maiores a automatização e a publicização da vida, mais evidente será a constatação de que a privacidade é um pré-requisito para a capacidade de participação do indivíduo no debate público. “Onde a privacidade é desmantelada, tanto as chances de avaliação dos processos políticos e sociais quanto a oportunidade de desenvolver e manter um particular estilo de vida se esvaem”⁶⁶⁸.

A própria existência da moderna sociedade civil, que é vinculada ao núcleos privados do mundo da vida, se apoia na necessidade de estruturas legais que possam demarcar pluralidade, privacidade e publicidade, protegendo-as dos poderes políticos e econômicos. Não é por outra razão que Habermas⁶⁶⁹ ressalta que

O nexos estreito entre cidadania autônoma e esfera privada intacta revela-se claramente, quando a comparamos com sociedades totalitárias onde existe o socialismo de estado. Nelas, um Estado pan-óptico controla diretamente a base privada dessa esfera pública. Intervenções administrativas e supervisão constante desintegram a estrutura comunicativa do dia-a-dia na família, na escola, na comuna e na vizinhança. A destruição de condições vitais solidárias e a quebra da iniciativa e da independência em domínios que se caracterizam pela super-regulação e pela insegurança jurídica, implicam o aniquilamento de grupos sociais, de associações e de redes, a dissolução de identidades sociais através da doutrinação, bem como o sufoco da comunicação pública espontânea. A racionalidade comunicativa é destruída, tanto nos contextos públicos de entendimento, como nos privados.

668. SIMITIS, Spiros. *Reviewing privacy in an information society*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 135, n. 3. 1987. p. 734. Disponível em www.jstor.org/stable/3312079. No original: “Where privacy is dismantled, both the chance for personal assessment of the political and societal process and the opportunity to develop and maintain a particular style of life fade”

669. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 102

A extensão da proteção legal que cada sociedade confere à privacidade, entretanto, é algo muito dependente das circunstâncias concretas da evolução sócio-histórica de cada sociedade em particular, pois reflete os compromissos políticos definidos para aquela sociedade específica, dentro de um contexto muito específico. Aliás, cabe aqui ressaltar um traço particular da proteção legal à privacidade dentro do contexto democrático. É que, se por um lado a proteção à privacidade é essencial para que direitos fundamentais democráticos possam se desenvolver livremente, por outro lado uma exacerbada proteção à privacidade pode asfixiar a própria existência democrática.

Com efeito, a democracia pressupõe a possibilidade de participação dos indivíduos nas discussões públicas, o que, por seu turno, pressupõe a garantia de um certo nível de transparência e visibilidade das relações, a fim de possibilitar o necessário engajamento dos cidadãos nas discussões públicas relevantes.

Neste aspecto, vale ressaltar que, para Dahl⁶⁷⁰, a moderna democracia representativa (por ele denominada poliarquia) é uma ordem política que se distingue por necessariamente contar com sete instituições:

1. Funcionários eleitos. Os funcionários eleitos são constitucionalmente investidos do controle político das decisões governamentais;
2. Eleições livres e justas. Os funcionários eleitos são escolhidos em eleições frequentes, conduzidas de modo justo, nas quais a coerção é relativamente rara;
3. Sufrágio inclusivo. Praticamente todos os adultos têm o direito de votar na eleição dos funcionários do governo;
4. Direito de concorrer a cargos eletivos. Praticamente todos os adultos têm o direito de concorrer a cargos eletivos no governo, embora os limites de idade possam ser mais altos para ocupar o cargo do que para o sufrágio;
5. Liberdade de expressão. Os cidadãos têm o direito de se expressar, sem o perigo de punições severas, quanto aos assuntos políticos de uma forma geral, o que inclui a liberdade de criticar os funcionários do governo, o governo em si, o regime, a ordem socioeconômica e a ideologia dominante;
6. Informação alternativa. Os cidadãos têm o direito de buscar soluções alternativas de informação. Ademais, existem fontes de informação alternativa protegidas por lei.

670. DAHL, Robert. *Democracia e seus críticos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. p. 350/351

7. Autonomia associativa. Para alcançar seus vários direitos, inclusive aqueles relacionados acima, os cidadãos também têm o direito de formar associações ou organizações relativamente independentes, inclusive partidos políticos independentes e grupos de interesse.

É interessante notar que das sete instituições da democracia apontadas por Dahl, três dizem diretamente com a proteção à privacidade, com a existência de uma esfera de atuação do indivíduo onde ele possa fazer suas escolhas morais. A democracia efetiva, assim, depende da existência de um ajuste fino na proteção legal da privacidade que, ao mesmo tempo em que permita ao indivíduo estabelecer as condições para a construção e defesa de valores e interesses próprios e suas escolhas morais, livre da vigilância e controle por parte de grupos sociais políticos e econômicos, também possibilite a efetiva participação dos indivíduo na vida pública e social. A proteção privacidade, assim, deve ser sempre balanceada com a necessidade de garantia de transparência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção do caráter instrumental da privacidade mostra o quanto ela é importante como meio de proteção aos direitos fundamentais. A própria evolução da noção de público e privado, da diferenciação necessária entre um espaço da coletividade e um espaço reservado para o indivíduo demonstra a inter-relação entre privacidade e direitos fundamentais, chamando atenção para a necessidade de se compreender a privacidade para além da dicotomia simplificadora do público x privado, da liberdade x igualdade.

Neste sentido, a ligação entre a proteção da privacidade e a fraternidade como guia interpretativo dos direitos fundamentais não poderia ser mais íntima, sendo certo que alguns dos mais importantes direitos fundamentais, como os direitos da personalidade, as liberdades de crença e de consciência e expressão, o sigilo da correspondência, das comunicações e dos dados, a inviolabilidade da residência, bem como a proteção da família, caracterizam uma zona inviolável da integridade pessoal e da formação do juízo e da consciência e não podem ser reduzidos a seu aspecto individual.

A proteção à privacidade, portanto, apresenta-se como uma condição necessária à própria proteção da dignidade da pessoa humana. A vida em

coletividade e o respeito à alteridade, imperativos decorrentes do princípio da fraternidade, encontram na privacidade sua melhor forma de expressão.

A proteção ao indivíduo contra pressões indevidas, controle e vigilância do grupo, e a proteção da coletividade ante comportamentos desviantes potencialmente danosos por parte de indivíduos é um ideal que somente pode ser efetivamente alcançado a partir da maximização dos espaços de liberdade e de igualdade, fazendo com que a fraternidade se apresente como princípio reitor da interpretação e aplicação do direito na solução dos conflitos sociais.

A necessidade de que esse balanceamento entre privacidade e transparência esteja bem ajustado torna-se ainda mais imperiosa em tempos de rápida mudança tecnológica, como o que vivemos, em que mais do que uma questão técnica ou econômica, a questão política relacionada à privacidade desponta fundamental, devendo ser estabelecidos os seus limites no âmbito de um amplo debate público. Não é por outra razão que há um amplo e contínuo debate na sociedade atual acerca do papel e do valor da privacidade, bem como da extensão da proteção que o sistema legal deve conferir a ela. Na verdade, a extensão de tal proteção é um elemento sempre aberto à negociação entre os diversos atores sociais nas modernas democracias, já que, como afirma Simitis, “longe de ser tida como um elemento constitutivo de uma sociedade democrática, a privacidade aparece como uma contradição tolerada, cujas implicações devem ser constantemente reconsideradas”.⁶⁷¹

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Marco António. **O público e o privado em Hannah Arendt**. Biblioteca On Line de Ciências da Comunicação, 2004. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/antunes-marco-publico-privado.pdf>

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. P. 34

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. Livro V, 6. 1134a 26-28. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas O fim do social e o surgimento das massas**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

671. SIMITIS, Spiros. Reviewing privacy in an information society. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 135, n. 3. 1987. p. 732. Disponível em www.jstor.org/stable/3312079. No original: “Far from being considered a constitutive element of a democratic society, privacy appears as a tolerated contradiction, the implications of which must be continuously reconsidered”

BARBOSA-FOHRMANN, Ana P. **Algumas incursões sobre o significado de espaço público nos pensamentos de Hannah Arendt, Jürgen Habermas, Charles Taylor e Nelson Saldanha.** Diálogos Latinoamericanos nº 10. V. 1, 2005. PP. 73-97. Disponível em <https://www.academia.edu/3323628>

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. **O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro.** Sequência, n. 76, p. 225. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/seq/n76/2177-7055-seq-76-00213.pdf>

DAHL, Robert. **Democracia e seus críticos.** São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade.** Belo Horizonte: Editra D'Plácido, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de La opinion publica. La transformación estructural de La vida pública.** 5ª. Edición. Barcelona: Ediciones G. Gilli, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

HARTZOG, Woodrow. **Privacy's blueprint. The battle to control the design of new Technologies.** Cambridge: Harvard University Press, 2018.

KASPAR, Debbie. **The Evolution (or Devolution) of Privacy,** Sociological Forum, n. 20, 2005, p. 69. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/4540882>

LUBENOW, Jorge Adriano. **A esfera pública 50 anos depois: esfera pública e meios de comunicação em Jürgen Habermas em homenagem aos 50 anos de Mudança estrutural da esfera pública.** **Trans/Form/Ação**, Marília , v. 35, n. 3, p. 189-220, Dec. 2012 . Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732012000300010&lng=en&nrm=iso

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.

MOROZOV, Evgeny. **The Real Privacy Problem.** MIT Technology review. Outubro de 2013. disponível em <https://www.technologyreview.com/2013/10/22/112778/the-real-privacy-problem/>

NISSENBAUM, Helen. **Privacy in context. Technology, policy and the integrity of social life** Stanford Law Books: Stanford, 2010.

OLIVEIRA, Elizandro e REIS, Jaime. **O poder nas corporações de ofícios.** Anais do VIII Congresso Internacional de História. 2017. Disponível em <http://www.cih.uem.br/anais/2017/trabalhos/3493.pdf>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância. A sociedade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIMITIS, Spiros. **Reviewing privacy in an information society**. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 135, n. 3. 1987.

SOLOVE, Daniel. **Understanding privacy**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1127888>.

_____. **Nothing to hide. The false tradeoff between privacy and security**. New Haven: Yale University Press, 2011.

WARREN, Samuel D e BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (1890), pp. 193-220. Disponível em <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>

FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA: EXPRESSÃO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

ESTUDO EM HOMENAGEM AO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO⁶⁷²

1. INTRODUÇÃO

Após reconhecer que a Constituição Federal de 1988 apresentou-se como marco normativo de instauração da fase do constitucionalismo fraternal, buscar-se-á no presente estudo, como incursão sequencial, o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente os acórdãos e votos concebidos sob tal inspiração, a partir da doutrina do Min. Ayres Britto, considerando, nesse passo, o que apregoa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando destaca que todos “devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Num segundo momento o objeto de pesquisa circunscrever-se-á ao esquadramento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, objetivando identificar os arestos que adotam o princípio jurídico da fraternidade como fundamento das excelsas decisões.

Em seguida o artigo, a partir da eleição de determinados acórdãos originários do STJ, apreciará os votos seletados proferidos pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, quando, em particular, adota, na Corte da Cidadania, como razão jurídica da superior deliberação, o princípio jurídico da fraternidade,

672. Doutor em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito pela UFC. Professor Adjunto de Direito Constitucional dos cursos de graduação e Mestrado da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Membro da Academia Sergipana de Letras Jurídicas. E-mail: cmachado@infonet.com.br

transformando-se num verdadeiro protagonista do reconhecimento e aplicabilidade da fraternidade como categoria jurídica,

Em homenagem à destacada atuação do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, foi este estudo elaborado.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INSPIRADA PELO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

A promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988 inaugurou, na história constitucional brasileira, a fase do **Constitucionalismo Fraternal**⁶⁷³.

Após o período inicial conhecido como *Constitucionalismo Liberal*, vivido a partir da promulgação da Carta Imperial de 1824 e, ultrapassada a era do *Constitucionalismo Social*, no Brasil instalada com a promulgação da *Lex Maxima* de 1934, a Constituição de 1988 trouxe, para a pauta do mundo jurídico acadêmico e, como consequência, para o próprio sistema de justiça, a possibilidade de identificar Fraternidade ao Direito, tarefa que, numa preliminar análise, poderia revelar-se como incompatível.

Doutrinariamente, no nosso país⁶⁷⁴, o tema do *constitucionalismo fraternal* veio a lume, de forma pioneira, no bojo do capítulo intitulado “A *Constituição Fraternal*” (Capítulo VI), da obra *Teoria da Constituição*, lançada no ano de 2003, pela Editora Forense, poucos meses antes do seu autor, Carlos Ayres Britto, tomar posse como Ministro do Supremo Tribunal Federal (em 25 de julho de 2003)⁶⁷⁵, em razão da vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Ilmar Galvão.

673. O tema em questão foi, inicialmente, objeto de tratamento em MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 7, n. 26, Belo Horizonte; Editora Fórum, jul./set. 2009, p. 33-54. O estudo, no ano seguinte, foi publicado em MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria constitucional. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thaís Novaes. *Princípios Humanistas Constitucionais: Reflexões sobre o humanismo do Século XXI*, São Paulo, Letras Jurídicas, Cidade Nova, 2010, p. 83-110. Em pesquisa mais ampla, como antes ressaltado, o argumento foi desenvolvido em tese de Doutorado, revisto e incorporado em MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica – Fundamentos e Alcance* (Expressão do Constitucionalismo Fraternal). Curitiba: Appris, 2017. Retomada a matéria em MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Do Estado Liberal ao Estado Fraternal: A Fraternidade como categoria jurídica e a contribuição da Constituição do Brasil de 1988. In: *I sentieri del giurista sulle tracce della fraternità – Ordinamenti a confronto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 119-137.

674. Utilizando nomenclatura semelhante, mas com premissas e objetivos relativamente diversos, a teoria de Michele Carducci, quando apresenta o que identificou como *Constitucionalismo Altruístico*. Outras contribuições similares e igualmente importantes, também na Itália, por meio de Elígio Resta (*Direito Fraternal*) e de José Roberto Dromi, na Argentina (*Constitucionalismo do Por-Vir ou Constitucionalismo Universal*). Obras dos respectivos autores identificadas nas referências.

675. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidentes. Outros Presidentes. Carlos Augusto Ayres

Compreendeu Ayres Britto, inicialmente na citada obra e, em seguida, nos seus densos votos – além de em conferências proferidas no Brasil e no exterior –, que a Carta-Cidadã de 05 de outubro de 1988 apresentava-se como o resultado da “terceira e possivelmente a última fase, o clímax do constitucionalismo”⁶⁷⁶, o que por ele restou definido em obra acadêmica como “o advento do constitucionalismo fraternal”⁶⁷⁷. Explicou o Mestre que o *constitucionalismo fraternal*, como evolução histórica do constitucionalismo, é a “fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade”⁶⁷⁸, fazendo nascer um modelo particular de Estado: o *Estado Fraternal*.

Conforme ensinamentos de Ayres Britto⁶⁷⁹, desta feita em outro importante trabalho doutrinário do ano de 2007, o indigitado *Estado Fraternal* materializa-se como desenlace (ápice ou clímax) do processo de evolução democrática, ao acrescentar (*plus*) inédito “traço fisionômico” aos já existentes e por demais conhecidos, como o de natureza *procedimentalista* (formal) e *substancialista* (material). Explica o Mestre que, nessa atual fase, descortina-se o “traço” da *democracia fraternal*⁶⁸⁰, como “uma terceira dimensão conceitual do humanismo”. Poder-se-ia indagar, qual a novidade; qual o alcance do novel “traço fisionômico”, assim identificado, como *democracia fraternal*? O próprio autor responde ao questionamento:

democracia fraternal, caracterizada pela positivação dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo conciliado com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de *ações afirmativas* que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupamentos sociais, como os multirreferidos segmentos dos negros, dos índios, das mulheres e dos portadores de deficiência física (espécie de igualdade civil-moral, como ponto de arremate da igualdade política e econômico-social).

de Freitas Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/presidente.asp?periodo=stf&id=38>. Acesso em: 29 maio 2020.

676. Ver registro do pensamento de Carlos Ayres Britto, por: CARDOSO, Marcos. O poeta decide. Portal Infonet. Aracaju, 17 out. 2005. Disponível em: <http://www.infonet.com.br/noticias/ler.asp?id=40798>. Acesso em: 25 fev. 2010.

677. A expressão constante do subitem 6.6, do Capítulo VI, do livro *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 216.

678. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

679. BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 34-35.

680. Idem.

O tema do Estado Fraternal já foi também objeto de aprofundamento em tese de Doutorado⁶⁸¹ (*A garantia constitucional da Fraternidade: constitucionalismo fraternal*). Afirmou-se, no mencionado texto acadêmico, que a Constituição pretendeu, com a dimensão fraternal de Estado, possibilitar ao seu povo “uma integração comunitária⁶⁸², uma vida em comunhão”. Reconheceu-se, ainda, com fundamento na Constituição em vigor, “que, se as pessoas viverem em comunidade, com responsabilidades recíprocas, de fato, estarão em comum unidade ou, para usar um vocábulo mais apropriado, em ambiência de fraternidade”, como particularizou o texto aprovado na Assembleia Nacional Constituinte, com a explicitação do seu compromisso preambular:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (sem o destaque no original).

Mas não só. Superando eventuais digressões acadêmicas sobre a natureza normativa do preâmbulo, por vezes calorosas, o legislador magno acrescentou, no próprio articulado da Constituição brasileira, que é objetivo fundamental da República Federativa – o primeiro deles e, portanto, com particular relevo, em razão da sua colocação topográfica – *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), sobressaindo, com clareza solar, consoante também já destacado em trabalho doutrinário⁶⁸³, as dimensões incorporadas na Lei Maior pátria:

a) Uma **dimensão liberal**: construir uma sociedade livre; b) Uma **dimensão social**: construir uma sociedade justa; c) Uma **dimensão fraternal**: construir uma sociedade solidária. E as dimensões não se excluem, nem se substituem.

681. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6436/1/Carlos%20Augusto%20Alcantara%20Machado.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

682. Expressão muito cara a Ayres Britto, materializada, inclusive, em seus votos, como será destacado a seguir.

683. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica* – Fundamentos e Alcance (Expressão do Constitucionalismo Fraternal). Curitiba: Appris, 2017, p. 166.

Densificam-se ou incorporam-se entre si, fundindo-se num só composto. Às tradicionais dimensões consagradas nos ordenamentos jurídicos vigentes – e particularmente no Brasil – incorpora-se outra, de igual natureza, todas como categorias constitucionais (sem o negrito no original).

A conclusão antes obtida seguiu na linha da manifestação de voto do Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADC 19⁶⁸⁴, da relatoria do Min. Marco Aurélio de Mello (j. 09.02.2012), por ocasião do exame, pelo STF, da constitucionalidade de dispositivos da Lei Maria da Penha,

A Constituição fala dessa **sociedade fraterna**, com todas as letras, desde o seu preâmbulo, que é uma sociedade eminentemente pluralista, esse novo pilar da democracia, o pluralismo, respeitosa convivência dos contrários, e o não preconceito, a eliminação de todo preconceito. Ou seja, preconceito é um conceito prévio, concebido não a partir da realidade, mas imposto à realidade a ferro e fogo, tantas vezes de um obscurantismo, de um sectarismo, de um fundamentalismo de pessoas que têm extrema dificuldade para enterrar ideias mortas. [...] E o artigo 3º, ainda, inciso I, é que me parece chancelar, confirmar essa ideia matriz, essa ideia básica, ou ideia força de que a proteção das mulheres se inscreve no âmbito de **um novo constitucionalismo fraternal**. O que diz a Constituição no artigo 3º, I? Que são “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “I - construir uma sociedade livre” - constitucionalismo liberal -,”justa” - constitucionalismo social - “e solidária” – **constitucionalismo fraternal**, que não se confunde com o social, porque o constitucionalismo social visa a um tipo de inclusão, que é a inclusão econômica, social, material, patrimonial das pessoas. Mas o constitucionalismo fraternal visa à **inclusão comunitária**, visa à integração comunitária das pessoas, para que as pessoas vivam em comunhão de vida. Comunidade vem de comum unidade. Isso é uma categoria rigorosamente jurídica, e mais ainda, uma categoria constitucional (sem o negrito no original).

Na manifestação do voto, o Min. Ayres Britto, de forma expressa, destacou a fraternidade como categoria jurídica, pertencente, logo, ao âmbito do Direito:

[...] estamos atualmente no epicentro do que, em obra doutrinária, eu venho chamando de “o advento do constitucionalismo fraternal”. Encarada **a fraternidade, aqui, como categoria jurídica mesmo, não como virtude subjetiva ou expressão de crescimento e de evolução espiritual tão somente.**

684. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 29 maio 2020.

Anos antes, mas já no exercício da nobre função de supremo julgador, o Min. Ayres Britto, especificamente nos idos de 2004, tinha sempre presente que o vocábulo “solidariedade”, identificado no final do inciso I, do art. 3º, “em verdade, é fraternidade”⁶⁸⁵.

Como visto, a compreensão da fraternidade enquanto categoria jurídica já fazia parte das discussões travadas no Supremo Tribunal Federal, desde o início dos anos 2000.

Paralelamente às reflexões do Min. Ayres Britto, profissionais do Direito, em ambiente universitário ou especificamente na atividade forense, passaram também a se dedicar à missão de incorporar ao Direito fragmentos de fraternidade.

Muitos dos operadores do Direito que se comprometeram com a árdua tarefa, Magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos e professores (Doutores e Mestres), como o homenageado desta obra, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, associaram-se à Rede Internacional *Comunhão e Direito - CeD*⁶⁸⁶, instituída, originariamente na Itália, no ano de 2001.

Passados alguns anos, dezenas de membros da Rede *CeD*, no Brasil, organizaram-se em diversos estados da federação, seja como líderes ou integrantes de

685. Manifestação de voto na ADI 3.128-7/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 29 maio 2020.

686. Como destacado na página *web* internacional de *Comunione e Diritto*, “*Comunhão e Direito* é uma rede internacional que reúne estudiosos e profissionais em diferentes áreas do direito. O título - *Comunhão e Direito* - tem um duplo significado: por um lado sublinha o compromisso de colocar em comunhão conhecimentos e experiência de diferentes atividades que se desenvolvem na área de Direito. Por outro lado, destaca a vontade de olhar para a lei como um instrumento eficaz e necessário para ajudar a transformar a vida de cada comunidade em autêntica comunhão. *Comunhão e Direito* nasceu em 2001 como resultado de uma intuição de Chiara Lubich, que iniciou a enunciação e o desenvolvimento da “cultura da unidade” nos mais diversos âmbitos de conhecimento, do direito à política, da economia à arte. A cultura da unidade procura explorar e difundir valores positivos e quer colocar no centro dos interesses culturais a pessoa humana em sua plena dignidade, na sua capacidade de se relacionar, em sua abertura à transcendência, como sujeito idôneo para doar ao nosso mundo um rosto e uma dinâmica mais de acordo com as aspirações dos indivíduos e dos povos. Seguindo esta linha, *Comunhão e Direito* promove e apoia as mais diversas iniciativas para desenvolver e disseminar uma nova cultura jurídica baseada no relacionamento entre operadores do direito e entre o mundo jurídico e sociedade civil. Suporta a formação das consciências à cultura da legalidade para responder às exigências de justiça de cada homem”. Disponível em: <http://comunionediritto.org/br/quem-somos.html>. Acesso em: 29 maio 2020 (sem os destaques no original). Ainda sobre as finalidades e objetivos de *Comunhão e Direito*, acrescente-se: “Os crescentes conflitos que marcam a convivência humana em vários níveis exigem a busca de novas formas de relações entre as pessoas, que favoreçam a comunhão. A iniciativa de *Comunhão e Direito* se desenvolve em dois níveis. O primeiro se refere ao empenho no plano concreto das atividades dos profissionais do direito, nos diversos âmbitos jurídicos, legais e judiciais, para instaurar nelas uma práxis das relações inspirada pela fraternidade. O outro nível é o do estudo e da pesquisa no plano doutrinário, voltados aos fins previstos e conduzidos em espírito de diálogo com as diversas instâncias da atual cultura jurídica”. Disponível em: http://direitofraternidade.blogspot.com/2012_11_01_archive.html. Acesso em: 29 maio 2020.

específicos Grupos de Pesquisa, com registro no diretório nacional de grupos do CNPq (UFSC⁶⁸⁷, PUC-SP⁶⁸⁸, UNIT⁶⁸⁹, UFRGS⁶⁹⁰, UNIVEM⁶⁹¹ e UNIPAM-PA⁶⁹²), seja como integrantes de grupos de profissionais que procuram viver e aplicar a fraternidade no Direito (Direito e Fraternidade) nas respectivas relações profissionais e sociais, como vem ocorrendo, por exemplo, nos estados do Amazonas, Espírito Santo, Maranhão/Piauí e no Distrito Federal.

Todos os integrantes da Rede partem de uma premissa, em forma de constatação, expressa pela advogada italiana Maria Voce⁶⁹³, Presidente do Movimento dos Focolares⁶⁹⁴, nos seguintes e precisos termos:

Os princípios de liberdade e igualdade, traduzidos em termos jurídicos, reforçaram os direitos individuais, mas não são suficientes para garantir relações estáveis entre pessoas e entre comunidades: ficou faltando a Fraternidade, que se manteve alheia ao Direito e a muitas outras dimensões da existência humana.

Considerando a destacada premissa, pretende-se aprofundar o princípio da fraternidade, numa perspectiva eminentemente jurídica, como expressão do *constitucionalismo fraternal*.

A doutrina de Ayres Britto encontrou solo fértil num determinado segmento acadêmico e forense. Floresceu e frutificou em pesquisas várias, desenvolvendo-se, por exemplo, em teses de Doutorado, defendidas na PUC/SP, UFBA e FADISP, materializadas, respectivamente, em obras jurídicas no campo do Direito Constitucional, como: a) MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A Fraternidade como categoria jurídica* – Fundamentos e Alcance (Expressão do Constitucionalismo Fraternal, Curitiba: Appris, 2014; b) MACHADO, Clara. *O Princípio Jurídico da Fraternidade* – Um instrumento para proteção de Direitos

687. Disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/589226>. Acesso em: 29 maio 2020.

688. Disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/37876>. Acesso em: 29 maio 2020.

689. Disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/32187>. Acesso em: 29 maio 2020.

690. Disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/26839>. Acesso em: 29 maio 2020.

691. Disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/23157>. Acesso em: 29 maio 2020.

692. Disponível em <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/587747>. Acesso em 29 maio 2020.

693. VOCE, Maria. Intervenção oral (“*Comunione e Diritto*”: *le origini la proposta, la idealità*) no Congresso patrocinado pela Rede Internacional *Comunhão e Direito*, vinculado ao Movimento dos Focolares, em 18 de novembro de 2005, Castelgandolfo – Itália e publicada na coletânea: CASO, Giovanni (Ed.). *Relazionalità nel Diriritto: quale spazio per la fraternità?* Roma: Città Nuova, 2006, p. 19 a 23. O texto, já traduzido (*O Congresso Comunhão e Direito: as origens, a proposta, a idealidade*), pode ser encontrado na obra *Direito e Fraternidade*, edição conjunta (2008) de Comunhão e Direito, LTr e Editora Cidade Nova, sob a organização de CASO, Giovanni et al, p. 19/22.

694. Para uma melhor compreensão dos objetivos e finalidades do Movimento dos Focolares, ver <http://www.focolares.org.br/movimento-dos-focolares/o-inicio-do-movimento-dos-focolares/>.

Fundamentais Transindividuais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; e FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade – Seu resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'PLÁCIDO, 2019.

Nos estudos citados – e em muitos outros não menos relevantes –, cabia aos respectivos autores a explicitação da fraternidade como categoria jurídico-constitucional.

Neles, reconheceu-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prestou-se como o necessário anteparo para a materialização dos direitos humanos, responsáveis pelo desenvolvimento integral das promessas da modernidade: liberdade, igualdade, mas, sobretudo, da fraternidade. Indubitavelmente, na história constitucional brasileira, a Lei Maior de 1988 foi a primeira a mencionar, consagrar e possibilitar a exigibilidade dos direitos humanos, inspirada pela Declaração Universal de 1948, que logo no seu art. 1º, concitou a humanidade, a todos os membros da família humana, “a agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Como registra Clara Machado⁶⁹⁵, “o princípio da fraternidade, expresso no art. 1º da declaração universal dos direitos humanos, no preâmbulo e/ou na parte dogmática de inúmeras constituições do mundo, tem força normativa e revela direitos e deveres a serem observados pelo Estado, indivíduos e sociedade”. Acrescenta a autora: “o princípio integra o bloco de constitucionalidade tanto pela expressa previsão no preâmbulo como pela aplicação imediata da declaração universal dos direitos humanos”.

Definidos alguns peculiares contornos da **fraternidade como categoria jurídica**, retoma-se à sua aplicabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobressaindo-se acórdãos qualitativamente identificados.

Em quase nove anos e meio de magistratura na Corte Suprema, o Min. Ayres Britto introduziu na pauta da jurisprudência, como antes registrado, o tema do “Constitucionalismo Fraternal”. Em acórdãos por ele relatados ou em votos proferidos em ações diversas, sempre que a matéria comportava, o tema vinha a lume. Mas não só por meio dos votos do Ministro Ayres Britto. Outros Ministros, em pontuais votos, também incorporaram em suas razões de decidir a fraternidade, enquanto princípio, valor ou categoria.

Pode-se divisar nos trechos de acórdãos adiante indicados, inclusive, com a expressão “constitucionalismo fraternal”, destacada como palavra-chave na

695. MACHADO, Clara. *O Princípio Jurídico da Fraternidade – Um instrumento para proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 89.

indexação de busca, ou mesmo “fraternidade”, demonstrando a importância da matéria:

- a. **ADI 4066-DF, Relatoria Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017 (uso do amianto)**. Do voto do Min. Marco Aurélio, é possível pinçar o seguinte trecho⁶⁹⁶:

O direito ao meio ambiente é entendido como legítimo direito fundamental de terceira dimensão, **fruto da fraternidade** que deve envolver as relações entre os povos e os indivíduos desta e das gerações vindouras, consoante prevê a cabeça do artigo 225 da Lei Maior. É absolutamente injusto privar os descendentes, que herdarão o planeta em futuro próximo, dos benefícios físicos e mentais que a natureza pode proporcionar. São bens cujo valor intrínseco é impossível estimar. Trata-se de um direito fundamental dito de terceira geração ou dimensão, integrante do que vem sendo denominado **constitucionalismo fraternal** (sem o destaque no original).

- b. **ADI 3937-SP – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.08.2017**⁶⁹⁷. De igual forma, agora na condição de relator na ADI 3937-SP, também examinando a constitucionalidade de leis que tratam do uso do amianto, o Min. Marco Aurélio, *ipsis litteris*, transcreve o mesmo trecho antes destacado (na alínea “a”).
- c. **ADI 3470-RJ – Relatoria da Min. Rosa Weber, j. 29.11.2017**⁶⁹⁸: Incurtando no tema da constitucionalidade de leis que tratam do uso do amianto, o Min. Marco Aurélio, em manifestação de voto, transcreve o mesmo trecho antes destacado nas ADI’s 4066-DF e 3937-SP.
- d. **HC 106.2012-MS (alcance da lei Maria da Penha – Violência Doméstica), j. 24.03.2011, Rel. Min. Marco Aurélio**. Proferindo voto, o Min. Ayres Britto afirmou⁶⁹⁹:

Na verdade, a matéria de proteção à mulher se inscreve no âmbito do que eu venho chamando – permito me referir à obra de doutrina “Teoria da Constituição”, que escrevi em 2003 – de advento do **constitucionalismo fraternal**, que é um constitucionalismo diferente do social, porque não busca propriamente a inclusão social dessa ou daquela pessoa num plano econômico ou num plano cultural genérico. Não é isso. Busca a **integração comunitária** daquelas pessoas

696. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>. Acesso em: 29 maio 2020.

697. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>. Acesso em: 29 maio 2020.

698. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 29 maio 2020.

699. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>. Acesso em: 29 maio 2020.

integrantes de segmentos historicamente desfavorecidos e até vilipendiados, como o segmento das mulheres, dos negros, dos homoafetivos, dos portadores de deficiência física, para ficar apenas nesses estamentos – chamemos assim. A Constituição, desde o preâmbulo, fala da igualdade, mas na perspectiva da construção de uma **sociedade fraterna**. E o que é uma sociedade fraterna? É uma sociedade pluralista e sem preconceitos (sem os destaques no original).

e. ADPF 186, J. 26.04.2012 – Rel. Min Ricardo Lewandowski (Cotas na UNB). Do voto do Min. Gilmar Mendes, destaca-se⁷⁰⁰:

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental traz a esta Corte uma das questões constitucionais mais fascinantes de nosso tempo – acertadamente cunhado por Bobbio como o “tempo dos direitos” (BOBBIO, Norberto, *L’età dei diritti*. Einaudi editore, Torino, 1990) – e que, desde meados do século passado, tem sido o centro de infindáveis debates em muitos países e, no Brasil, atinge atualmente seu auge. Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais. O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade. Liberdade e igualdade constituem os valores sobre os quais está fundado o Estado constitucional. A história do constitucionalismo se confunde com a história da afirmação desses dois fundamentos da ordem jurídica. Não há como negar, portanto, a simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito. Isso é algo que a ninguém soa estranho – pelo menos em sociedades construídas sobre valores democráticos – e, neste momento, deixo claro que não pretendo rememorar ou reexaminar o tema sob esse prisma. Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, **na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade** (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. **No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser(re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade**. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o

700. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 29 maio 2020.

que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade. Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade. **Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos.** A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, **a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional** no sentido de reconhecimento e proteção das minorias (sem os destaques no original).

Na mesma ação, exprimindo o seu voto, o Min. Ayres Britto acrescentou:

É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. Não se contentou com o social; foi ao **fraternal**. Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial. **Mas o fraternal promove uma integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ao menos, aproximadamente, pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, família, empresa, igreja, repartição pública e, por desdobramento, condomínio, clube, sindicato, partido.** As pessoas têm de transitar por esses espaços institucionais de que a sociedade se compõe com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito, sob pena de desagregação social nacional, no nosso caso (sem o negrito no original).

Em alguns julgados a referência ao “constitucionalismo fraternal” ou a “sociedade fraternal” ocorre na própria ementa, como os acórdãos nas próximas alíneas identificados, todos sob a relatoria do Min. Ayres Britto:

a. ADI 3510, 29.05.2008 (Pesquisa em células-tronco embrionárias)⁷⁰¹.

O trecho a seguir indicado é esclarecedor sobre o tema:

Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo

701. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 29 maio 2020.

“*fraterna*”. O que já significa incorporar o advento do **constitucionalismo fraternal** às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza (sem o destaque no original).

b. PET. 3388, j. 19.03.2019 (Demarcação de terras indígenas)⁷⁰²: a expressão “constitucionalismo fraternal” foi diversas vezes pelo relator utilizada.

c. RMS 26071, j. 13.11.2017⁷⁰³. (Rel. Min. Ayres Britto): Sociedade fraterna (preâmbulo). Destaca-se o seguinte trecho:

A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da **sociedade fraterna** que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988 (sem o negrito no original).

d. HC 94163, j. 02.12.2008 (rel. Min. Ayres Britto)⁷⁰⁴. Adiante trecho em destaque:

Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “*fraterna*”.

Como foi possível entrever, com a citação de mais de uma dezena de acórdãos originários do Excelso Pretório, incontestemente que a fraternidade, como princípio e numa perspectiva eminente jurídica, está presente na fundamentação de acórdãos. Mas não exclusivamente no STF.

3. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O PROTAGONISMO DO MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA

No **Superior Tribunal de Justiça**, o reconhecimento, aprofundamento e aplicabilidade da fraternidade na condição de princípio jurídico-constitucional, como fundamento de diversos acórdãos, particularmente na seara penal,

702. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 29 maio 2020.

703. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 29 maio 2020.

704. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604586>. Acesso em: 29 maio 2020.

deve-se, inegavelmente, por dever de justiça, ao Ministro integrante da Quinta Turma e da Terceira Seção (Direito Penal), Dr. Reynaldo Soares da Fonseca.

Desde a sua posse no Tribunal da Cidadania, em 26 de maio de 2015, o Min. Reynaldo Soares Fonseca, comprometido com a mais perfeita prestação jurisdicional, buscou aprofundar a formação acadêmica, alcançando, com invulgar brilho, titulação de pós-graduação *stricto sensu* no grau de Doutor (FADISP), em Direito Constitucional, com a defesa de tese em 20 de dezembro de 2018. Prosseguiu, quase que imediatamente, para o Pós-Doutorado, em Democracia e Direitos Humanos – *Ius Gentium Coninbrigae*/Centro de Direitos Humanos (IGC), na Universidade de Coimbra (Portugal). No ano anterior a sua posse no STJ obtivera o título de Mestre (2014), concedido pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), em Direito Público⁷⁰⁵.

Também como docente da Universidade Federal do Maranhão, desde 1986, conjuga teoria e prática no exercício do nobre mister de julgador, com perseverante dedicação, como poucos – é de se reconhecer – assumindo, por assim dizer, o exercício de um dever quase sacerdotal: o resgate do Princípio da Fraternidade no Sistema de Justiça.

E assim prossegue na sua cruzada, com incansável labor, garimpando situações para, como um dedicado ourives, lapidar o princípio esquecido da fraternidade, objetivando a sua mais ampla exposição no mundo judicial e jurídico em geral.

Eis alguns desses acórdãos-farol, por assim dizer, que bem explicitam o caminho trilhado pela estrada delimitada pelo princípio da fraternidade:

a. HC 547.511/SP

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NO REGIME FECHADO. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. HABEAS CORPUS COLETIVO N. 143.641/SP. CRIME NÃO COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CRIME NÃO COMETIDO CONTRA DESCENDENTE. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE QUE IMPEÇA O DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. INTEGRIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DE MENOR DE IDADE. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. **CONSTITUCIONALISMO FRATERO.**

705. FONSECA, Reynaldo Soares da. *A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6642>. Acesso em: 20 maio 2020.

PREÂMBULO E ART. 3º DA CF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. No caso, embora a paciente tenha sido, definitivamente, condenada pelo crime de tráfico de drogas, o precedente do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do Habeas Corpus coletivo n.

143.641/SP, aplica-se integralmente, haja vista a sentenciada possuir um filho menor de 12 anos de idade e o crime a ela imputado não envolver violência ou grave ameaça, nem ter sido praticado contra descendente. 3. **A fim de proteger a integridade física e emocional do filho menor e pela urgência que a medida requer, mister autorizar a substituição da prisão da paciente, ainda que se trate de execução definitiva da pena, pela prisão domiciliar, com fundamento nos arts. 117, inciso III, da Lei de Execuções Penais e no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, com alicerce, ainda, no Preâmbulo e no art. 3º da Constituição Federal. Resgate do princípio constitucional da fraternidade.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para deferir prisão domiciliar a BEATRIZ DOS SANTOS RODRIGUES, sem prejuízo da imposição, a critério do Juízo a quo, do monitoramento eletrônico.

(HC 547.511/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019).

b. HC 536.899/SP

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DE DROGAS. **SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR.** POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIA, COM 3 FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido

formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A decisão que decretou a prisão preventiva da paciente está fundamentada na gravidade concreta do delito e necessidade de garantia da ordem pública, tendo em vista a quantidade de substância entorpecente apreendida (118 gramas de pasta base de cocaína) no momento em que ela tentava adentrar em estabelecimento prisional para visitar seu companheiro, segregado. Adequação aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art.3º).

4. Os artigos 318, 318-A e B do Código de Processo Penal (que permitem a prisão domiciliar da mulher gestante ou mãe de filhos com até 12 anos incompletos, dentre outras hipóteses) foram instituídos para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok. “Todas essas circunstâncias devem constituir objeto de adequada ponderação, em ordem a que a adoção da medida excepcional da prisão domiciliar efetivamente satisfaça o princípio da proporcionalidade e respeito o interesse maior da criança. Esses vetores, por isso mesmo, hão de orientar o magistrado na concessão da prisão domiciliar” (STF, HC n. 134.734/SP, relator Ministro CELSO DE MELO).

5. Aliás, em uma guinada jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir até mesmo o Habeas Corpus coletivo (Lei n. 13.300/2016) e concedeu comando geral para fins de cumprimento do art. 318, V, do Código de Processo Penal, em sua redação atual. No ponto, a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus n.

143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/2/2018, é no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), salvo as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

6. O art. 318-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.769/2018, estabelece um poder-dever para o juiz substituir a prisão preventiva por domiciliar de gestante, mãe de criança menor de 12 anos e mulher responsável

por pessoa com deficiência, sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (art. 318, parágrafo único), ressalvadas as exceções legais.

Todavia, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança ou ao deficiente, cuja proteção deve ser integral e prioritária.

7. Na hipótese dos autos, o crime, em tese, praticado pela paciente (tráfico de drogas) não foi cometido com violência ou grave ameaça, e ela comprova ser primária e mãe de 3 (três) filhos menores de 12 anos, o que preenche os requisitos objetivos insculpidos nos art. 318, V, 318-A e B do Código de Processo Penal. Não há excepcionalidade que afaste a domiciliar pretendida. Ponderando-se os interesses envolvidos no caso concreto, revela-se adequada e proporcional a substituição da prisão pela domiciliar. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional dos infantes. Precedentes do STF e do STJ.

8. Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, conceder a prisão domiciliar à paciente**, sob a imposição da medida cautelar prevista no artigo 319, inciso II (proibição de acesso a estabelecimento prisional), do Código de Processo Penal, e sem prejuízo da fixação de outras cautelares (inclusive monitoramento eletrônico), a critério e sob acompanhamento do Juízo de primeiro grau.

(HC 536.899/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019).

Do voto do Relator, extraem-se os seguintes e fundamentais trechos, que desenvolvem, numa perspectiva constitucional e legal, o princípio jurídico da fraternidade e identificam elementos de compreensão da fraternidade como categoria jurídica:

Com efeito, o **regime jurídico da prisão domiciliar**, especialmente no que concerne à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e **as inovações trazidas pelas recentes alterações legislativas, decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º)**. Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

a) **O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica** e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. **A fraternidade não exclui o direito e vice-versa**, mesmo porque a fraternidade,

enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;

b) O **princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos** e passa a ter uma nova leitura prática, diante do **constitucionalismo fraternal** prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);

c) O **princípio da fraternidade** é possível de ser concretizado também no **âmbito penal**, por meio da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal.

As recentes alterações legislativas decorrem, portanto, desse resgate constitucional.

c. AgRg no RHC 113.084/PE

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR EM EXECUÇÃO DEFINITIVA E REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM CRIME DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA OU CONTRA DESCENDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. “A melhor exegese do art. 117 da Lei n.º 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha” (HC n. 366.517/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 27/10/2016).

2. Na espécie, todos os requisitos do HC coletivo n. 143.641/SP, do STF, foram atendidos: i) em que pese todas as condenações que recaem sobre a paciente, sem ou com trânsito em julgado (estelionato, dano, tráfico de drogas e associação ao tráfico), nenhuma delas refere-se a algum delito de violência ou grave ameaça à pessoa, e nem foram praticados contra descendente; ii) ela tem uma filha menor de 12 anos de idade, não importando, assim, a idade das outras duas, já que basta um dos seus filhos ter aquela idade.

3. Já a imprescindibilidade dos cuidados da mãe para com o filho não constitui requisito do HC coletivo em comento, assim como o cometimento de infrações disciplinares, como a fuga. O que se quer privilegiar e proteger é a criança, situação que pode ser agraciada em atendimento ao princípio da fraternidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 113.084/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019).

d. HC 390.721/RS

EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REMIÇÃO POR ESTUDO - ARTIGO 126 DA LEP - A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE FREQUÊNCIA DE CURSO DEVE SOFRER TEMPERAMENTOS - **PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE** - PREÂMBULO E ART. 3º DA CF/88 - “REGRAS DE MANDELA” DA ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS - RECOMENDAÇÃO Nº 44 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - APLICAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A redação do artigo 126 da LEP deixa clara a preocupação do legislador com a capacitação profissional do interno e com o estímulo a comportamentos que propiciem a readaptação de presos ao convívio social.

3. O sentido e o alcance do artigo 126 da LEP podem ser ampliados pelo aplicador do direito, com o uso da hermenêutica, para abarcar atividades complementares como o estudo ou a simples leitura, com a finalidade de readaptação e ressocialização do preso, além de incentivar o bom comportamento e a disciplina. 4. Não é outro o espírito da Recomendação n. 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre atividades educacionais complementares que deverão ser consideradas pelos Tribunais para fins de remição da pena pelo estudo.

5. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 3º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

6. Após a divulgação ampla pelo CNJ das chamadas “Regras de Mandela”, aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que,

ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reformar a decisão do Tribunal a quo e conceder os 41 dias de remição pedidos pela paciente, em virtude da conclusão do ensino médio.

(HC 390.721/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017).

Como é possível perceber dos acórdãos antes indicados, dentre os mais de meia centena dos já proferidos⁷⁰⁶, todos sob a relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, os temas que sobressaem guardam estrita relação com a prisão preventiva ou à execução penal (execução de pena privativa de liberdade em regime fechado e/ou remissão de pena), com o exame de pedido de substituição por prisão domiciliar. Temas extremamente sensíveis, mas ressignificados pelo princípio da fraternidade.

Encontrou-se, pois, no Princípio Constitucional da Fraternidade, sabiamente, o real fundamento para, inclusive, justificar as modificações legislativas que ensejaram a inclusão do Código de Processo Penal (CPP) do art. 318-A e do art. 318-B⁷⁰⁷, apresentados ao mundo jurídico por força da Lei Federal nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Alterações do CPP, resultado do resgate do Princípio da Fraternidade por colocar em evidência, no cotejo de valores e bens da vida, os interesses de crianças, filhos de eventuais investigados ou mesmo condenados. Um real e verdadeiro passo adiante à inicial modificação legislativa do CPP, no mesmo sentido, pela Lei Federal nº 13.257, de 08 de março de 2016, a assim identificada como lei da primeira infância (Art. 318, IV, V e VI – CPP⁷⁰⁸).

Conferiu-se, ademais, maior densidade normativa a determinados dispositivos da Lei de Execução Penal (Art. 126, v.g⁷⁰⁹), para, por meio do princípio

706. Pesquisa realizada em 30 de maio de 2020, no site do STJ, em “Pesquisa de Jurisprudência”, com indexação da palavra-chave “princípio da fraternidade” e encontrado 59 documentos.

707. Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 maio de 2020.

708. Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

709. Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir,

constitucional da fraternidade, colacionar interpretação que melhor possibilitasse condições reais de ressocialização do apenado, bem como que prestigiasse o princípio da dignidade da pessoa humana, tudo em perfeita sintonia com o compromisso assumido pelo Estado brasileiro, materializado no enunciado preambular, em prol da construção de uma sociedade fraterna. Com supedâneo em igual fundamento, dezenas de decisões colegiadas foram proferidas pela Corte Superior.

Ao lado dos evidenciados acórdãos e afinadas no mesmo diapasão também as centenas de decisões monocráticas⁷¹⁰, majoritariamente proferidas pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, mas também por diversos outros não menos ilustres ministros do Superior Tribunal de Justiça. Todas, de forma direta ou indireta, com fundamento próprio ou invocando outros julgados, para destacar a fraternidade como categoria jurídica, mais precisamente como princípio constitucional.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o percurso de investigação levado a efeito no presente artigo, inicialmente em face da pesquisa realizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, concluiu-se que, em determinados julgados da Corte Suprema, restou assentado a compreensão de que a Constituição de 1988 consubstanciou-se, inegavelmente, no marco normativo constitucional que deflagrou a fase, na história constitucional brasileira, do constitucionalismo fraternal. No STF, o protagonismo foi do Min. Ayres Britto.

No Superior Tribunal de Justiça, graças ao posicionamento adotado pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, entusiasta da aplicabilidade do princípio jurídico da fraternidade, a incidência do reconhecimento da fraternidade como categoria jurídica é muito maior. Centenas de decisões evidenciaram o valor revolucionário esquecido, apresentando-se o princípio constitucional da fraternidade, de forma expressa e direta, como fundamento jurídico dos acórdãos proferidos.

por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. BRASIL. Lei das Execuções Penais. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 maio 2020.

710. Pesquisa realizada também em 30 de maio de 2020, na página *web* do Superior Tribunal de Justiça, em seu repositório jurisprudencial, com a mesma palavra-chave mencionada na nota anterior; “princípio da fraternidade” e encontrado 479 resultados. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portapl/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia>.

Mas o que levou o Min. Reynado Soares da Fonseca a tornar-se, por que não dizer, o Ministro da Fraternidade? Por certo, movido por ideal e sentimento.

Ideal, por desejar construir um mundo mais unido, em sintonia com os princípios que informam a espiritualidade da Unidade, expressa por Chiara Lubich, fundadora do Movimento dos Focolares, hoje com membros em quase todos os países do planeta, em vista da concretização do “que todos seja um”, como destacado no evangelho de João (Jo, 17,21), traduzido no mundo civil como fraternidade universal. **Sentimento**, por se sensibilizar com as chagas da humanidade, aprofundadas diante de tantos conflitos, particularmente os que dão margem, no limite mais extremo, à prática de ilícitos penais.

No dia 26 de maio de 2020, durante a realização da sessão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, os integrantes do órgão fracionário do Tribunal da Cidadania prestaram uma homenagem ao Min. Reynaldo Soares da Fonseca, pelos cinco anos de magistratura no Superior Tribunal de Justiça⁷¹¹. Após o Presidente da Turma, Min. Ribeiro Dantas, ter destacado a excelente produtividade do homenageado (julgamento de 56 mil processos em cinco anos), o representante do Ministro Público Federal, Subprocurador-Geral da República Luciano Mariz Maia, resumiu, sabiamente, o mister judicante do Min Reynaldo Soares da Fonseca em uma lapidar frase: “sabe fazer Justiça com compaixão”.

Perseguir incessantemente a Justiça, mas com compaixão, particularmente diante de tantos e profundos dramas levados à apreciação da Justiça Criminal, tornou-se um programa de vida. Eis a nobre missão do julgador que se compromete com a concretização do princípio da fraternidade nas questões penais. A observação sincera de reconhecimento antes evidenciada, tornou possível recordar a oração proposta pelo Papa Francisco por ocasião da meditação matutina na Casa Santa Marta, no Vaticano, em 24 de fevereiro de 2017⁷¹²: “Senhor, que eu seja justo, mas justo com misericórdia”. Parece ser essa a oração e o lema dos julgadores comprometidos com a causa da fraternidade universal.

Concluindo este artigo de caráter encomiástico, trago a colação as lições do próprio Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quando, em conferência

711. Superior Tribunal de Justiça – STJ Portal. Notícias. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Reynaldo-Soares-da-Fonseca-completa-cinco-anos-no-STJ-com-mais-de-56-mil-processos-julgados.aspx>. Acesso em: 31 maio 2020.

712. FRANCISCO. Papa. *Justiça e misericórdia*. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/cotidie/2017/documents/papa-francesco-cotidie_20170224_justica-com-misericordia.html. Acesso em: 31 maio 2020.

proferida no auditório da Escola da Magistratura do Estado do Amazonas, em agosto de 2017, por ocasião do III Congresso norte-nordeste de Comunhão e Direito, afirmou⁷¹³:

O horizonte da fraternidade é o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos operadores do Direito e do Sistema Jurídico. Logo, ainda que as normas jurídicas não possam impor a fraternidade, pode a atuação dos operadores testemunhá-la.

Que as eloquentes palavras do Ministro-homenageado ecoem nos ambientes universitários e forenses e funcionem como um estímulo para tantos que ainda não se sensibilizaram com o tema objeto do presente artigo: o estudo da fraternidade numa perspectiva eminentemente jurídica.

REFERÊNCIAS

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional Altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Ltda, 2003.

CASO, Giovanni (Ed.). *Relazionalità nel Diriritto*: quale spazio per la fraternità? Roma: Città Nuova, 2006,

CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). *Direito e Fraternidade*, Vargem Grande Paulista: CeD, LTr e Editora Cidade Nova, 2008

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional. El constitucionalismo del “porvenir”. La reforma de la constitución. In: ARÉVALO, Manuel Francisco Clavero; ENTERRÍA, Eduardo García de (Coord.). *El derecho público de finales de siglo*: uma perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación Banco Bilbao Vizcaya, 1997.

713. FONSECA, Reynaldo Soares, O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. *DIREITO E FRATERNIDADE*: em busca de concretização. Aracaju: EDUNIT, 2018, p. 177.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade**: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região. 2014. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6642>. Acesso em: 20 maio 2020.

FONSECA, Reynaldo Soares, O princípio jurídico da fraternidade na jurisprudência do STF e do STJ. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. **DIREITO E FRATERNIDADE**: em busca de concretização. Aracaju: EDUNIT, 2018

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade** – Seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora D'PLÁCIDO, 2019.

FRANCISCO. Papa. **Justiça e misericórdia**. Disponível em: http://www.vatican.va/content/francesco/pt/cotidie/2017/documents/papa-francesco-cotidie_20170224_justica-com-misericordia.html. Acesso em: 31 maio 2020.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. **In: Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP, ano 7, n. 26, Belo Horizonte; Editora Fórum, p. 33-54, jul./set. 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria constitucional. **In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thaís Novaes. Princípios Humanistas Constitucionais**: Reflexões sobre o humanismo do Século XXI, São Paulo, Letras Jurídicas, Cidade Nova, 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6436/1/Carlos%20Augusto%20Alcantara%20Machado.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Do Estado Liberal ao Estado Fraternal: A Fraternidade como categoria jurídica e a contribuição da Constituição do Brasil de 1988. **In: I sentieri del giurista sulle tracce della fraternità** – Ordinamenti a confronto. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica** – Fundamentos e Alcance (Expressão do Constitucionalismo Fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Clara. **O Princípio Jurídico da Fraternidade** – Um instrumento para proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RESTA. Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SOARES, Andréa Antico e RIGOLDI, Vivianne. O Constitucionalismo do Futuro de José Roberto Dromi: questões acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal. Em Tempo, Marília, v. 12, 2013, p. 428-446. Disponível em: revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/viewFile/411/328. Acesso em: 29 maio 2020.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ENCRUZILHADA: ENTRE A CELERIDADE E A JUSTIÇA. REFLEXÕES SOBRE A REPERCUSSÃO GERAL E A SÚMULA VINCULANTE EM QUINZE ANOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO⁷¹⁴

1. INTRODUÇÃO

Com a redemocratização e o advento da Constituição Federal de 1988, as estruturas do Poder Judiciário foram fortalecidas, bem assim as formas de acesso a ele. O caráter analítico da Carta, que passou a prever um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, a ampliação dos instrumentos processuais para garanti-los, a instituição da Defensoria Pública, entre outros fatores, ampliaram consideravelmente a quantidade de demandas judiciais no país.

Se, inicialmente, isso representava a ampliação do acesso à justiça e o fortalecimento da cidadania na busca pela garantia de direitos, ao longo das décadas que se seguiram a outra face revelada desse fenômeno foi o crescimento exponencial da litigiosidade no país, a excessiva quantidade de processos judiciais instaurados e a incapacidade da estrutura judiciária de responder a contento essas demandas.

A morosidade na prestação jurisdicional e a baixa eficácia de suas decisões, assim como a falta de transparência e controle interno dos órgãos da Justiça conduziram a um diagnóstico pela necessidade de se promover uma ampla reforma no Poder Judiciário. É nesse contexto que foi gestada e, após longos treze anos de tramitação no Congresso Nacional, aprovada a Emenda Constitucional n. 45/2004.

⁷¹⁴ Advogado. Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca. Presidente Nacional da OAB de 2013 a 2016.

As alterações promovidas pela emenda representam um marco na organização do Poder Judiciário no Brasil, inaugurando órgãos e institutos jurídicos com vistas a ampliar a transparência do Judiciário, a eficiência e segurança jurídica de suas decisões, bem como a aproximação do jurisdicionado com a Justiça.

Duas inovações que merecem destaque nesse contexto são a instituição da repercussão geral da matéria constitucional debatida como requisito para que o Supremo Tribunal Federal aprecie os recursos extraordinários, bem como a instituição da Súmula Vinculante, enunciados que consolidam a jurisprudência da Corte conferindo a ela força obrigatória em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

Os institutos convergem no sentido da unificação da jurisprudência, estabilidade e integridade das decisões e celeridade nos julgamentos, tendo em vista a possibilidade de aplicação do entendimento já firmado pelo STF, provocando, por exemplo, a redução de recursos manifestamente incabíveis ou protelatórios. Todavia, passados quinze anos da promulgação da Emenda Constitucional 45, impende avaliar esses institutos, seus méritos e falhas e em que medida têm logrado responder às demandas que fundamentaram sua criação.

2. OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, REPERCUSSÃO GERAL E SÚMULA VINCULANTE

O advento da Constituição de 1988 representou um marco no tocante ao modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Até então, as Cartas anteriores que consagraram alguma forma de controle haviam estabelecido o modelo difuso, como nas Constituições de 1891 e 1934 ou introduziram timidamente formas de controle concentrado, como nas Cartas de 1946, 1967 e 1969. No entanto, foi com a Constituição Cidadã que o controle abstrato de constitucionalidade ganhou força, superando, definitivamente, o controle concreto, até então dominante na jurisdição constitucional.

Muitos fatores contribuíram para a configuração desse quadro. Entre eles podem ser mencionados a significativa ampliação dos legitimados ativos à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 103, CF/88); a previsão da Ação Declaratória de Constitucionalidade por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993 (art. 102, I, “a”, CF/88); da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, CF/88) e da Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (art. 102, § 1º, introduzido na CF/88 pela Emenda Constitucional nº 3/1993) que preencheu as lacunas existentes no modelo concentrado, permitindo a análise direta pelo Supremo Tribunal Federal de questões que antes somente poderiam ser discutidas por meio de Recursos Extraordinários: como a inconstitucionalidade de normas pré-constitucionais, controvérsia constitucional sobre normas já revogadas e a inconstitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal⁷¹⁵.

Com a centralidade assumida pelo controle concentrado de constitucionalidade, entrou em curso um forte movimento de objetivação também do controle difuso, o qual passou a assumir características anteriormente restritas ao controle concentrado. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 45 estabeleceu dois institutos de importância ímpar que contribuem para o referido fenômeno. Trata-se da repercussão geral e da súmula vinculante.

Instituída com a promessa de filtrar as demandas que chegam à apreciação do STF, seja em termos quantitativos como em termos da relevância da questão constitucional debatida, a repercussão geral passou a ser requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, conforme previsão do art. 102, §3º da Constituição⁷¹⁶. A Carta passou a exigir a demonstração, pelo recorrente, da existência de repercussão geral das matérias constitucionais discutidas a fim de permitir que o caso seja apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

O instituto foi inicialmente regulamentado pela Lei 11.418/2006, que alterou o Código de Processo Civil (CPC) de 1973. Hoje a matéria encontra-se regulada pelo CPC de 2015 e pelo Regimento Interno do STF. O código processualista prevê que a análise da repercussão geral deverá considerar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Por meio de emenda ao Regimento Interno do STF, foi instituído, posteriormente, o plenário virtual para possibilitar o cumprimento da exigência legal sem sobrecarregar o plenário físico, uma vez que o sistema possibilita o exame prévio da existência ou não de repercussão geral sem necessidade da sessão presencial. A medida permitiu que os ministros apreciassem a presença do

715. AMORIM, Filipo Bruno Silva. *A objetivação do controle difuso de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/12440970>> Acesso em 18.jun.2019.

716. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

requisito de forma remota, mesmo estando fora de seus gabinetes, conferindo maior celeridade aos processos.

A exigência de que as questões constitucionais transcendam o caso concreto, ultrapassando os interesses subjetivos das partes produz impacto direto no alcance e nos efeitos das decisões do STF. Não há previsão expressa na Constituição ou na lei quanto à existência de efeitos vinculantes *erga omnes* das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário em que reconhecida a repercussão geral e, a rigor, a inconstitucionalidade pronunciada no controle difuso somente surtirá efeito *erga omnes* a partir da suspensão dos efeitos da norma atingida por Resolução do Senado Federal (art. 52, X da CF).

No entanto, na prática, embora seja possível que o tribunal de origem mantenha o acórdão em dissonância com o afirmado pelo STF, não há dúvidas de que, provocado, o Supremo irá reformar prontamente decisão contrária a entendimento firmado em tema de repercussão geral.

Outra inovação significativa nesse contexto é a instituição da súmula vinculante. O artigo 103-A da Constituição estabelece que o Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderá aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

O objeto do enunciado sumular, consoante previsão da Lei nº 11.417/2011, deverá ser a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Assim, a partir de um conjunto de julgados que expresse um entendimento pacífico da corte a respeito de determinada matéria constitucional, o Supremo poderá instituir súmula vinculante, conferindo a determinado entendimento eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, como o próprio nome diz, em relação ao Judiciário e à administração pública.

Tanto a repercussão geral do recurso extraordinário quanto a súmula vinculante são mecanismos de racionalização de julgamento de demandas repetitivas. O aumento vertiginoso do acervo de processos em tramitação no Judiciário passou a demandar respostas eficazes a fim de garantir, a um só tempo, a prestação da atividade jurisdicional e a razoável duração do processo.

Esses métodos de julgamento implicam na atuação compartilhada entre o STF e as demais instâncias judiciais, na medida em que estas replicam a jurisprudência firmada por aquele, por meio da não admissibilidade, da

declaração de prejuízo e da retratação, aplicadas a demandas que tratam de controvérsias análogas às dos processos-paradigmas dos quais se originou o tema de repercussão geral ou o enunciado sumular a ser aplicado.

Há uma evidente busca por uniformização da jurisprudência, a fim de promover a integridade e a unidade do ordenamento jurídico. Bem assim, a aplicação dos institutos visa a garantir segurança jurídica nos pronunciamentos judiciais, evitando incongruências e resultados distintos em casos semelhantes.

Nesse contexto, para além do fenômeno da objetivação do controle de constitucionalidade, compõe esse cenário um processo global de aproximação entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, no caso do Brasil, representado pelo estabelecimento de um sistema de precedentes, especialmente após o advento do novo Código de Processo Civil de 2015.

Outro elemento de convergência nesse quadro é a tendência crescente de que o Supremo Tribunal Federal abandone suas competências de corte recursal, ou seja, de ser a última instância julgadora de casos individuais submetidos ao Poder judiciário para se tornar, efetivamente, uma Corte Constitucional, que decide apenas questões de grande repercussão coletiva e relevância constitucional. Para garantir esse movimento, é inegável, portanto, que se lance mão de filtros capazes de selecionar os casos que merecem apreciação da Suprema Corte, daqueles que serão encerrados nas instâncias inferiores.

O alinhamento da Emenda Constitucional nº 45 com esses processos fica evidente no Relatório Final da Comissão Mista de Reforma do Poder Judiciário que, ao tratar do instituto da repercussão geral, assentou que este serviria para “restaurar o caráter paradigmático das decisões do STF, à medida que possibilitará que essa Corte examine apenas as grandes questões do país discutidas no Poder Judiciário”.

Passados quinze anos da promulgação da emenda constitucional que instituiu a Reforma do Poder Judiciário, importante realizar um balanço crítico de suas promessas, êxitos e desafios que ainda perduram.

3. QUINZE ANOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45: PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS?

O contexto político, social e econômico que permeou a Reforma do Poder Judiciário foi caracterizado por um cenário de profunda descrença de diversos setores da sociedade na capacidade do sistema de justiça de entregar, de

forma eficaz e em tempo razoável, respostas aos conflitos levados ao seu conhecimento. “Tanto especialistas da área jurídica como leigos e jornalistas, todos eram unânimes em afirmar a deficiência do Poder Judiciário, aparentemente incapaz de assegurar com presteza e efetividade a defesa dos direitos violados levados à sua apreciação⁷¹⁷”.

Vicejavam críticas quanto à morosidade do Judiciário, os impactos econômicos e o conseqüente custo para o país, bem assim quanto à ausência de transparência interna do Poder Judiciário. De sorte que as mudanças instituídas pela Emenda 45 visaram solucionar essas questões, conferindo maior celeridade e racionalidade à prestação jurisdicional.

Não se pode dizer que os novos institutos - aqui notadamente o estabelecimento do crivo da repercussão geral e a criação da súmula vinculante - não reduziram o contingente das demandas represadas no Judiciário. De fato, a quantidade de processos julgados cresceu consideravelmente, bem assim, pôde-se observar uma maior unificação e integridade da jurisprudência produzida pelas instâncias ordinárias, ao seguir a orientação traçada pela Suprema Corte.

O que se avalia, entretanto, é que as mudanças provocadas pelos institutos ainda estão aquém das ambiciosas expectativas criadas. A promessa de celeridade e redução significativa dos processos submetidos à apreciação do STF não se concretizou da forma como esperada, mesmo com as elevadas estatísticas de processos julgados anualmente pela Corte.

A quantidade de demandas novas que ingressam na justiça diariamente tem superado, em muito, a capacidade de resposta desses mecanismos processuais, de modo que os problemas que a emenda buscou solapar, à época de sua promulgação, ainda permanecem, de certa maneira, sendo os grandes entraves enfrentados pelo Poder Judiciário.

Em pouco mais de uma década de aplicação da repercussão geral, os números dão conta que: (i) 1.067 questões foram afetadas ao regime de repercussão geral; (ii) em 338 temas ela foi negada, significando que recursos versando sobre aquelas matérias não mais serão apreciados pelo STF; (iii) das 721 questões remanescentes, 405 foram sido julgados; (iv) 316 encontram-se pendentes; e (v) a média de julgamento ao longo do período foi de

717. ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

aproximadamente 34 temas com repercussão geral por ano (405 em doze anos)⁷¹⁸.

Ocorre que, se por um lado é positivo o reconhecimento da existência de repercussão geral acerca de determinado tema, no sentido de que a Corte unificará o entendimento sobre a matéria garantindo maior segurança jurídica, por outro, enquanto o mérito não é apreciado, a afetação do tema tem resultado no sobrestamento de milhares de processos nas instâncias inferiores, que ficam aguardando a decisão do Tribunal para serem julgados.

Com cerca de trinta e nove mil ações em tramitação no Supremo, as sessões de julgamento não têm logrado absorver todas as discussões com repercussão geral reconhecida. Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça revela que nos últimos seis anos, mais do que dobrou o número de ações paralisadas no Judiciário aguardando o desfecho, no Tribunal, do julgamento de temas afetados por repercussão geral. Segundo dados do STF, em fevereiro de 2019 havia 425 mil processos sobrestados, aguardando decisão final em temas de repercussão geral⁷¹⁹.

A facilidade do diagnóstico, todavia, contrasta com a complexidade e variedade de soluções oferecidas ao “gargalo do Judiciário”. O ministro Luís Roberto Barroso defende que o Supremo não reconheça mais temas de repercussão geral do que é capaz de julgar no período de um ano e que, enquanto houver temas pendentes de julgamento, o STF deve limitar o reconhecimento da repercussão geral a quarenta recursos por ano.

O ministro também já reconheceu, em artigos publicados, que há, nos gabinetes do STF, o que chamou de “filtro oculto de relevância”. Assim, nas suas palavras, “em lugar de explicitar que o caso e a questão não tiveram a relevância reconhecida, pratica-se a antiga e tradicional jurisprudência defensiva que se materializa em um de três clichês para negar seguimento a recurso extraordinário: a) a matéria é infraconstitucional; b) a solução do problema envolve matéria de fato ou revolvimento de provas; e c) a questão constitucional não foi adequadamente prequestionada”. A consequência disso seria ainda mais recursos contra essas decisões, sendo a solução apresentada,

718. Dados da repercussão geral no STF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/repercussaogeral/>> acesso em: 30.set.2019.

719. “976,7 mil ações afetadas por repercussão geral dependem de julgamento do STF para voltar a tramitar em todo o país”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/10/9767-mil-aco-es-afetadas-por-repercussao-geral-dependem-de-julgamento-do-stf-para-voltar-a-tramitar-em-todo-o-pais.ghtml>>

que a existência ou não de repercussão geral fosse o primeiro exame a ser feito pelo relator, antes dos demais critérios de admissibilidade⁷²⁰.

Já no tocante às súmulas vinculantes, desde a emenda 45, foram editados cinquenta e seis enunciados, sendo o último de 2016. É possível que a reduzida utilização do instituto esteja relacionada, inclusive, com o próprio instituto da repercussão geral. Uma vez definidos os temas de repercussão, estes passam a ter efeitos vinculantes sobre os demais órgãos do Poder Judiciário, fazendo as vezes da própria súmula.

4. ENTRE A CELERIDADE E A JUSTIÇA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Em 2018, o relatório Justiça em Números⁷²¹ divulgou que entre 2009 e 2017, o número de processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal caiu pela metade. Embora a quantidade de casos novos que chegam anualmente na Corte ainda seja altíssima (em 2017 foram 102 mil novos casos), o STF tem decidido mais processos do que recebe (no mesmo ano de 2017, foram baixados 115 mil processos).

Importa analisar, contudo, os reflexos da abstrativização das decisões do Supremo e os efeitos colaterais das medidas implementadas na busca por celeridade. Não se pode olvidar que há um delicado equilíbrio entre celeridade e justiça no caso concreto. Uma decisão judicial que é entregue extemporaneamente, por mais equânime e acertada que seja, é injusta porque ineficaz. Por outro lado, negligenciar a análise das especificidades do caso concreto ou as garantias processuais, em nome da celeridade, pode também resultar numa decisão injusta porquanto inadequada ao conflito que pretendia solucionar.

O equilíbrio entre celeridade processual e justiça no caso concreto, num cenário onde impera a cultura da litigiosidade, tem sido um malabarismo quase sobre-humano para o sistema de justiça brasileiro. Todavia, não podemos nos furtar de analisar, criticamente, as escolhas institucionais que vêm sendo realizadas, bem como apreciar seus reflexos no funcionamento do STF e na guarda da constituição, sua primordial função. Nesse compasso, seguem alguns pontos de reflexão quanto aos efeitos da implementação da sistemática da repercussão geral e das súmulas vinculantes no ordenamento brasileiro.

720. BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, dez.2017, p. 695-713.

721. CNJ, Justiça em números 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee78112d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>

4.1 PLENÁRIO VIRTUAL E MONOCRATIZAÇÃO DOS JULGAMENTOS: “DESDEMOCRATIZAÇÃO” DO JUDICIÁRIO?

Se a Emenda 45 buscou, acima de tudo, democratizar o acesso à Justiça – aqui compreendido não só como o acesso ao Poder Judiciário, mas como o acesso a uma resolução justa do conflito – a virtualização e a monocratização das decisões judiciais pode desembocar, em última análise, num processo de “desdemocratização” do Poder Judiciário.

A ampliação dos julgamentos via plenário virtual, em razão do volume das causas, pode desumanizar e robotizar a prestação jurisdicional, além de tornar cada vez mais reduzidas as possibilidades de sustentação oral pelos advogados e, como consequência, as chances de convencimento, reflexão e mudança de entendimento por parte dos julgadores.

A sociedade aberta dos intérpretes da constituição, teorizada por Peter Haberle⁷²², pode ver-se reduzida, em nome da celeridade, a julgamentos monocráticos e a posicionamentos individuais dos onze ministros manifestados virtualmente, sem o debate presencial e a construção de decisões efetivamente colegiadas, que engendrem, ainda que parcialmente, um consenso da Corte quanto à determinada matéria.

A crítica não é nova. Estudiosos e juristas, há muito, denunciam o que chamam de “onze ilhas”, ao se referirem à ausência de colegialidade nos julgados do STF, em que prevalecem argumentações autônomas, impossibilitando a construção de uma jurisprudência coesa da Corte e permitindo que as idiosincrasias pessoais dos ministros, por vezes, prevaleçam sobre uma deliberação pública em torno de consensos mínimos sobre a interpretação do texto constitucional. Se a crítica já era feita no que toca aos julgamentos colegiados, agora, mais força possui quando se observa a ampliação de decisões proferidas monocraticamente pelos ministros.

Ademais disso, a parametrização dos julgamentos com base nos temas de repercussão geral e nos enunciados das súmulas vinculantes, muitas vezes resulta na aplicação de uma tese que não se amolda ao caso concreto. Daí a importância e a atualidade da técnica do *distinguishing* visando à demonstração, aos julgadores, das eventuais peculiaridades existentes no caso *sub judice*, a ensejarem a não aplicação do entendimento firmado. A ressalva é

722. HABERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

importante para evitar que as “decisões padrão” ou “despachos modelo” sejam aplicadas em prejuízo da análise das reais questões discutidas no caso.

4.2 A CONSTITUIÇÃO ÓRFÃ

Não obstante se reconheçam os méritos do desenho institucional que reserva ao STF a análise das questões constitucionais de alta relevância nacional, uma importante questão vem à tona quando se observa essa arquitetura: em que momento serão apreciadas as violações constitucionais nos casos concretos, nas demandas individuais? É sabido que na primeira e segunda instâncias, as alegações de violação constitucional beiram à argumentação retórica, figurando como um reforço secundário, na maioria das vezes tido por irrelevante, ante à violação ao Código de Processo Civil, ao Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Tributário – e nem se diga quanto às Convenções Internacionais.

Se o Supremo vai abrir mão dessa competência – ou já abriu, em grande medida, após a instituição da exigência de repercussão geral – é urgente que as violações constitucionais sejam efetivamente apreciadas e possam figurar como fundamento válido e suficiente para as decisões judiciais nas instâncias ordinárias, o que, definitivamente, não acontece hoje. Não é razoável que a norma fundamental, que orienta todo o ordenamento jurídico seja, nos casos concretos e individuais, relegada a um papel secundário, havendo uma lacuna em sua apreciação ao longo de toda a tramitação processual, uma vez que, não sendo o caso de repercussão geral, também não será apreciada pelo STF.

Se é certo que o Supremo Tribunal tem caminhado – a passos largos – no sentido de selecionar as matérias submetidas à sua apreciação, convertendo-se em uma genuína Corte Constitucional, na mesma toada devem as instâncias ordinárias da Justiça avaliarem, com seriedade, as questões constitucionais levadas ao seu conhecimento e deliberação. Uma necessária mudança de cultura deve acompanhar esse movimento de abstrativização das decisões do STF, sob pena de termos uma constituição órfã que, paradoxalmente é a norma superior e fundamental do ordenamento jurídico, mas carece de instâncias jurídicas dispostas a interpretá-la e aplica-la com seriedade.

O risco – que, diga-se de passagem, já está sendo concretizado – é o de uma imensa parcela de questões constitucionais não serem sequer enfrentadas pelo Judiciário. Cria-se, assim, um vácuo de constitucionalidade, ao tempo em que se viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Se a célebre e

consagrada teoria da força normativa da constituição tem ainda valia em nosso ordenamento jurídico, há que se olhar com cautela para o fenômeno que ora se apresenta.

4.3 AFINAL, COMO DEFINIR A EXISTÊNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL? ABERTURA E INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO

A apreciação, pelo Supremo, da repercussão geral como requisito primeiro da análise de admissibilidade, força a Corte a eleger os casos sobre os quais se manifestará, de acordo com a sua concepção de relevância econômica, política, social ou jurídica. A abertura e a indeterminação desses conceitos atraem o risco de tornar as manifestações do Supremo deveras suscetíveis às pressões das maiorias políticas de ocasião, da opinião pública e das contingências econômicas.

O poder de agenda do STF se torna cada vez mais importante no cenário político do país, uma vez que a partir de conceitos abertos como repercussão política, social, econômica ou jurídica, os ministros inserem ou retiram da pauta – e da deliberação pública – temas que podem influenciar e rearranjar as posições dos diversos atores institucionais, incluindo o Congresso Nacional e a Presidência da República.

Essa proximidade com as pautas e com o tempo dos poderes eleitos pode resultar numa redução do papel contramajoritário da Corte, de defesa dos direitos fundamentais, ainda que assumindo posições impopulares e que não atendam aos clamores da opinião pública ou do senso comum. Posições dignas de uma corte constitucional, que respeite as opções constituintes fundamentais, o pacto original de Ulisses com seus marujos, que o permitiu não ser trágado pelo canto das sereias e resistir às tentações conjunturais.

Além disso, a incerteza e volatilidade dos juízos sobre uma matéria possuir ou não repercussão geral pode ampliar os subjetivismos e as preconcepções também no controle difuso, já, em certa medida, presentes no controle abstrato pela prática do ativismo judicial. E ainda há os questionamentos sobre as consequências da negativa de repercussão geral de determinada matéria e a impossibilidade, *ad eternum*, de o Tribunal poder se debruçar sobre ela. Sob a perspectiva de que o Direito é uma ciência social, mutante, tal qual as demandas e valores da sociedade que pretende regular, uma matéria que hoje não possui repercussão geral, pode passar a possuir no futuro, ou vice-versa.

Essas são questões ainda em aberto, cujas arestas necessitam ser aparadas não para extirparmos esses mecanismos do ordenamento jurídico, mas,

diversamente, para que eles sejam aplicados de modo a atender às finalidades para as quais foram concebidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto de emergência e criação da Emenda Constitucional 45 foi permeado por severas críticas à ineficiência, morosidade e falta de transparência e democracia do Poder Judiciário. Quinze anos após sua promulgação, muitas dessas críticas ainda permanecem. O acervo de processos que ingressam diariamente nas secretarias do Poder Judiciário ainda é demasiadamente elevado, sobremaneira se comparado à estrutura de pessoal da máquina judiciária.

Nesse contexto, não seria de se espantar a justificável criação contínua de mecanismos que visem a maior celeridade na tramitação dos processos, buscando desaguar essa demanda infundável. Não apenas a repercussão geral e as súmulas vinculantes, mas também os julgamentos em lista, as sessões virtuais, as decisões monocráticas e os crescentes óbices processuais que represam os recursos impedindo-os de chegar aos tribunais superiores.

O Poder Judiciário, de fato, encontra-se numa encruzilhada, a quem foi conferida a árdua missão de dar respostas, em tempo razoável, às milhares de demandas judiciais que lhe são entregues, e, ao mesmo tempo, sem se transformar num legislador abstrato, que traça regras gerais e as aplica indistintamente aos casos semelhantes – o que, inclusive, acabaria por desnaturar sua própria essência de terceiro que soluciona conflitos e aplica a lei *no caso concreto*.

O equilíbrio entre celeridade e entrega jurisdicional justa é, certamente, um dos maiores desafios postos ao Judiciário na contemporaneidade. Há críticas quanto à sua morosidade, mas também multiplicam-se as objeções quanto à massificação e automatização das decisões judiciais. Não há fórmula pronta para solucionar essa complexa equação. Mas há, certamente, algumas questões que necessitam ser observadas com cautela. As três ponderações realizadas no tópico anterior lançam luzes para pontos que demandam especial atenção.

O primeiro deles é a necessidade de se permitir aberturas ou “respiros” no sistema de precedentes, a começar pela cautela na aplicação dos temas de repercussão geral e das súmulas vinculantes, no cotejo entre a *ratio decidendi*

do paradigma e a questão efetivamente posta sob análise no caso concreto, evitando-se distorções do modelo de precedentes e aplicação automática dos temas tão somente visando à redução dos recursos.

Nesse mesmo sentido, importante a valorização da técnica do *distinguishing* e da possibilidade de a parte alegar – e ser efetivamente ouvida e considerada – quando aponta as distinções que fazem com que o seu caso concreto se destaque daquele precedente e mereça solução diversa.

O segundo ponto é a absoluta teratologia de um sistema que, paradoxalmente, afirma a plenos pulmões a supremacia e a força normativa da Constituição e, ao mesmo tempo, furta-se à sua aplicação no caso concreto. As instâncias ordinárias veem-na, muitas vezes, como mera argumentação retórica, enquanto a Corte Constitucional institui filtros – cada vez mais reduzidos – que afastam a análise das violações constitucionais em casos individuais sem repercussão geral.

Temos uma norma suprema, orientadora de todo o ordenamento jurídico, mas sob a ameaça de se tornar uma “constituição órfã”, carecendo de aplicação efetiva nos casos concretos. A mudança da cultura dos magistrados nas instâncias ordinárias – o que passa inclusive pela reformulação do ensino jurídico – deve apontar para o sentido de se conferir aplicação efetiva e imediata aos preceitos constitucionais e aos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Finalmente, cabe o alerta para os riscos de subjetivismo e de cooptação das razões jurídicas pelas razões políticas e econômicas na definição das matérias a serem apreciadas pelo Supremo Tribunal. A seleção das matérias que possuem ou não repercussão geral encontra-se, hoje, submetida a critérios demasiadamente abertos e indeterminados. O grau de subjetividade dessa escolha amplia ainda mais o poder de agenda do STF, que passa a ser um ator decisivo no cenário político, na medida em que pode deliberar por julgar ou não casos de ampla repercussão na opinião pública, capazes, inclusive, de afetar os rumos políticos da nação.

Não se trata de fechar os olhos aos imensos desafios postos ao Judiciário, sobretudo à excessiva judicialização dos conflitos, da política e da vida, mas sim, de assumir uma postura observadora e atenta aos possíveis efeitos colaterais dos mecanismos que, originalmente criados para garantir celeridade, podem tomar proporções outras, redesenhando o próprio papel e a legitimidade mesma do Poder Judiciário na arquitetura institucional democrática.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **A objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/12440970>> Acesso em 18.jun.2019.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Reforma do Poder Judiciário Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante**. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar o sistema de repercussão geral**: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, dez.2017, p. 695-713.

CNJ, Justiça em números 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

976,7 mil ações afetadas por repercussão geral dependem de julgamento do STF para voltar a tramitar em todo o país”. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/10/9767-mil-acoes-afetadas-por-repercussao-geral-dependem-de-julgamento-do-stf-para-voltar-a-tramitar-em-todo-o-pais.ghtml>

POLICIAMENTO COMUNITÁRIO E PREVENÇÃO DO CRIME: ANÁLISE DA EFICÁCIA DA UNIDADE DE SEGURANÇA COMUNITÁRIO DO POLO COROADINHO – USC/COROADINHO

MÁRCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA
ELBER KENNEDY FERREIRA MORAIS

1. INTRODUÇÃO

O policiamento comunitário é uma filosofia de policiamento que se expandiu durante as décadas de 1970 e 1980, quando as polícias de vários países introduziram uma série de inovações em suas estruturas e estratégias para lidar com o problema da criminalidade. Apesar de essas experiências terem diferentes características, todas tiveram um aspecto comum: a introdução ou o fortalecimento da participação da comunidade nas questões de segurança.

O termo “policiamento comunitário” foi cunhado inicialmente com o significado de “chamar a comunidade a dirigir o trabalho policial”, em inglês *community policing*, cujo sentido é “juntar-se, unir-se para salvaguardar a segurança pública”. Isto é, as pessoas de uma determinada área passaram não só a participar das discussões sobre segurança e ajudar a estabelecer prioridades e estratégias de ação, como também a compartilhar com a polícia a responsabilidade pela segurança da sua região. Essas mudanças tiveram como objetivo melhorar as respostas dadas aos problemas de segurança pública, tornando tanto a polícia mais eficaz e reconhecida como também a população mais ativa e participativa nesse processo.

O policiamento comunitário pode ser conceituado ainda como uma postura, modelo ou estratégia organizacional de polícia originada entre os

anos 60 e 70 do século XX nos EUA e que teve a sua ascensão na Inglaterra, sendo aceita amplamente e promovida nas décadas seguintes pelos países ocidentais mais desenvolvidos. Na Ásia, esta estratégia de trabalho começou a ser divulgada e posta em prática nos anos 90 pelos órgãos de segurança pública da China continental, através de diversas medidas de ordenamento da segurança pública na sociedade:

A nossa Carta Maior ratifica esse tipo de policiamento ao estabelecer, em seu capítulo III a tratar da Segurança Pública, artigo 114, que a segurança pública não é apenas dever do Estado e direito dos cidadãos, mas responsabilidade de todos, *ipsis litteris*:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos.

Essa nova forma de “fazer a segurança pública” é também resultado do processo de democratização das polícias. Em sociedades democráticas, as polícias desempenham várias outras funções além de lidar com o crime. Exige-se que ela esteja constantemente atenta aos problemas que interferem na segurança e bem-estar das pessoas e atenda às necessidades da população tanto de forma reativa (pronto-atendimento) como também proativa (prevenção). Os cidadãos, por sua vez, têm o direito e a responsabilidade de participar no modo como esse policiamento é realizado:

No entendimento de Bonnie Bucqueroux e Robert Trojanowicz, a Polícia Comunitária proporciona uma nova parceria entre população e polícia, baseada na premissa de que tanto a polícia quanto a comunidade devem trabalhar juntas para identificar, priorizar e resolver problemas contemporâneos tais como crime, drogas, medo do crime, desordens físicas e morais, e em geral a decadência do bairro, com o objetivo de melhorar a qualidade geral da vida na área.

Para David H. Bayley e Jerome H. Skolnick, a premissa central do policiamento comunitário é que o público deve exercer um papel mais ativo e coordenado na obtenção da segurança. Estratégia que transforma o público em coprodutor da segurança e da ordem, juntamente com a polícia.

Dentre as inovações trazidas pelo policiamento comunitário, quatro são consideradas essências para o seu desenvolvimento, ou suas características fundamentais: i) organização da prevenção do crime

tendo como base a comunidade; ii) reorientação das atividades de policiamento para enfatizar os serviços não emergenciais e para organizar e mobilizar a comunidade para participar da prevenção do crime; iii) descentralização do comando da polícia por áreas; e iv) participação de pessoas civis, não-policiais, no planejamento, execução, monitoramento e/ou avaliação das atividades de policiamento.

A primeira delas representa a antítese do policiamento tradicional ostensivo ou reativo, ou seja, ao invés de esperar para que um crime aconteça, a organização e prevenção do crime incorpora a noção de uma conduta proativa no sentido de identificar as condições que agenciam imediatamente o crime, na tentativa de preveni-lo. O que remonta à ideia do policiamento orientado para a solução de problemas, pois a polícia deve se preocupar não apenas em resolver incidentes, mas, antes disso, em diagnosticar os problemas sociais, trabalhar em conjunto com outros órgãos e investir recursos para esses fins.

A segunda inovação consiste na reorientação das atividades de patrulha com o objetivo de enfatizar os serviços de caráter não emergenciais, que se reflete em dois fatores: i) a eliminação de elementos que, potencializados, possam desencadear a violência; e ii) a diminuição da sensação de insegurança da comunidade. Isto é, a presença constante do policial faz com que eventuais distúrbios não ocorram, gerando o aumento da sensação de proteção da comunidade.

Na terceira, que se refere a descentralização do comando, tem-se uma nova forma organizacional, específica da Polícia Comunitária. Essa descentralização proposta tende a redefinir a conduta típica dos policiais. No caso brasileiro, os policiais civis costumam gozar de uma dose muito alta de autonomia por conta de uma ilusão diluída de hierarquia e disciplina e, também, da fragilidade dos mecanismos de controle interno. Já os policiais militares estão, normalmente, submetidos a uma estrutura bem mais rigorosa de hierarquia e disciplina, e os mecanismos institucionais de controle interno costumam ser empregados com maior frequência. No primeiro caso, temos uma estrutura que estimula a iniciativa individual, mas que, por conta de sua fluidez e ausência de procedimentos padronizados, acaba facilitando práticas desviantes e dificultando o controle. Já no segundo caso, temos a prevalência de uma estrutura orientada por imperativos que desestimulam a iniciativa individual e a criatividade, submetendo-as, muito comumente, à inflexibilidade de uma ordem burocrática alienada.

Já a quarta inovação compreende a ideia de que a polícia não consegue suportar o “fardo” sozinha, sendo, pois, necessário a divisão desse peso. Acerca do tema, expõe Rosenbaum que talvez o maior erro da história do policiamento moderno tenha sido dar à polícia a responsabilidade e a responsabilização plenas pela segurança pública.

Conforme pontua Jean-Paul Brodeur, tem-se que o modelo de policiamento comunitário não propõe objetivos diferentes de policiamento (por exemplo, reduzir o crime continua sendo o objetivo principal da polícia), mas ao contrário, sugere que meios alternativos de se atingir a estes objetivos devem receber mais atenção. Sendo que esses meios alternativos surgem da pretensão em mobilizar a participação do público, avaliar a opinião do consumidor a respeito dos serviços policiais, e comunicar informações que possam ajudar os policiais a realizar seus deveres com mais eficácia:

A segurança deve ser compreendida como um produto final do engajamento com a comunidade. Para isso, a polícia não deve ser interpretada como força policial, mas como detentora de um serviço policial. Assim, pois, o policial comunitário deve assumir um papel de liderança e servir como um catalisador da mudança comunitária e engajar a comunidade em maneiras experimentais de resolver os problemas do bairro.

2. POLICIAMENTO COMUNITÁRIO E POLÍTICA PÚBLICA

Além de uma filosofia de policiamento ou modelo policial, o policiamento comunitário pode ser analisado também na perspectiva de política pública, pois refere-se ao trabalho de prevenção criminal desenvolvido por iniciativa dos membros de uma comunidade ou com ajuda de entidades policiais, na condução, orientação e com o apoio da polícia, utilizando todos os recursos da comunidade e meios legais e reajustados métodos personalizados de controle e de gestão da comunidade no sentido de se criar uma rede de prevenção e de combate à criminalidade:

Esse tipo de policiamento, também conhecido como policiamento de bairro, policiamento de proximidade e policiamento cidadão, tem sido exercido no propósito de construção de um Estado de Direito no Brasil, como resposta a abordagem policial tradicional ostensiva conhecida por “tolerância zero”, buscando reconstruir espaços de debate para uma retomada da participação da sociedade civil como ente atuante na Segurança Pública.

Dito isso, cabe ressaltar o papel das políticas públicas. No final do século XX, com o aprofundamento da crise do *welfare state*, com as convulsões econômicas, sociais e políticas enfrentadas, principalmente a partir do final da década de 1970, junto com o movimento da nova administração pública, o Estado é fortemente questionado tanto em suas funções quanto na real eficácia de suas ações interventoras na realidade social:

Enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica, a política pública surge nos EUA, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Sendo que nasce tendo como foco aquilo que o governo faz ou deixa de fazer.

Mas, afinal, o que seria uma política pública? Não existe uma única nem melhor definição sobre o que seja política pública. A literatura a define de diferentes modos: i) como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas (Mead, 1995); ii) como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos (Lynn, 1980); iii) como a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos (Peters, 1986); ou iv) como o que o governo escolhe fazer ou não fazer (Dye, 1984).

É importante salientar que política pública se diferencia de política social. Apesar de ambas comporem um campo multidisciplinar de estudos, seus objetivos e focos são diferentes. Enquanto os estudos sobre políticas públicas buscam explicar a natureza da política analisada e seus processos, a política social discute o Estado do bem-estar social, sua origem e consequências:

Ademais, o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa corrigir, na chegada desse problema ao sistema político (*politics*) e à sociedade política (*polity*), e nas instituições/regras que irão modelar a decisão e a implementação da política pública:

Como percebe-se, não há como dissociar o policiamento comunitário de uma política pública de governo, haja vista o seu papel modificador – ou ao menos como instrumento para se alcançar esse fim – da realidade posta.

3. POLÍCIA, COMUNIDADE E PREVENÇÃO CRIMINAL

3.1 O POLO COROADINHO



Fonte: O Imparcial, 23 de fevereiro de 1984

A ocupação da área que viria a se torna o Polo Coroadinho ocorreu em meados de 1976, mas, bem antes disso, nesta região até então chamada de Sítio Caboclo, já existiam alguns moradores que usavam a terra para a atividade agrícola. Sendo que sua ocupação se deu por pessoas vindas de outra área ocupada anteriormente, o Coroadado. O nome Coroadinho vem exatamente pela proximidade das duas ocupações, a primeira passou a ser chamada de “Coroadado Grande” e a mais nova, “Coroadinho”. “Coroadado” era o nome da Vila da novela Irmãos Coragem - exibida pela Rede Globo no início dos anos 70.

O Polo Coroadinho é uma região da capital formada por várias vilas e aglomerados urbanos, marcada pelo contraste político, econômico e social. De acordo com a Polícia Militar do Maranhão (PMMA), a região compreende a área do Alto do Parque Timbiras, Alto do São Sebastião, Bom Jesus, Coroadinho, Coheb-Sacavém, Morro do Zé Bombom/Alto da Bela Vista, Parque Timbira, Primavera, Parque Nice Lobão, Parque dos Nobres, Parque Pindorama, Salina do Sacavém, Sítio do Pica Pau Amarelo, Vila Conceição, Vale Verde, Vila Natal (Pocinha), Vila dos Frades e Vila dos Nobres.

Segundo a Lei Municipal 3.253, de 29 de dezembro de 1992, que dispõe sobre o zoneamento, parcelamento, uso e ocupação do solo urbano de São Luís, o Polo Coroadinho é definido como pertencente à Zona de Interesse Social 1 – ZIS 1. Esta Zona é composta por áreas ocupadas espontaneamente por assentamentos habitacionais da população de baixa renda, na qual existe interesse social em se promover a regularização jurídica da posse da terra e a sua integração na estrutura urbana:

Na década de 1980, a área foi alvo de conflitos acerca da reivindicação da propriedade das terras, com agentes poderosos de um lado e os moradores em outro, saindo estes vitoriosos, conforme recorte da matéria **abaixo**:

A região é frequentemente noticiada pelas mídias locais como um lugar de violência e de abrigo de marginais que se articulam em grupos denominados de gangues ou facções⁷²³, cooptando geralmente jovens para o crime⁷²⁴, e que desestabilizam a ordem do lugar e atormentam a paz daqueles que ali residem e trabalham. Associada à violência, outra característica normalmente associada ao Polo Coroadinho é a carência de infraestrutura básica como rede de esgoto, asfaltamento da maior parte das ruas, abastecimento regular de água, bem como outros aparelhos urbanos como área de lazer, escolas de ensino fundamental e médio, assistência à saúde. Perpassando estas características, a imagem do Polo Coroadinho está normalmente associada à pobreza de sua população e à sua dificuldade de inclusão social⁷²⁵.

No último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Polo Coroadinho ocupava a 4ª posição no ranking das dez maiores favelas do país, e a maior do Norte-Nordeste⁷²⁶, com uma população de 53,9 mil moradores, aproximadamente 5% de toda a população da capital maranhense. Sendo essa população apenas 23% inferior ao número de moradores da maior favela

723. ARAÚJO, Esaú. O IMPARCIAL. *O que faz do Coroadinho um bairro tão perigoso?* Disponível em: <<https://oimparcial.com.br/cidades/2018/07/o-que-faz-do-coroadinho-um-bairro-tao-perigoso/>>. Acesso em: 16 de mar. 2019;

724. G1 MARANHÃO. *No Coroadinho 65% dos jovens estão envolvidos em crimes, diz pesquisa.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/06/no-coroadinho-65-dos-jovens-estao-envolvidos-em-crimes-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 18 de jan. 2019;

725. O PÓLO COROADINHO: Diagnóstico preliminar - GEDMMA/UFMA (2005-2007). Disponível em: <<http://www.gedmma.ufma.br/wp-content/uploads/2014/04/PROJETOCoroadinho1.pdf>>. Acesso em 18 de jan. 2019;

726. Dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/552/cd_2010_agrn_if.pdf>. Acesso em: 18 de jan. 2019;

do Brasil, a Rocinha, no Rio de Janeiro. Estimativas mais recentes apontam que essa população já ultrapassa os 100 mil habitantes⁷²⁷.

3.2 USC COROADINHO: UM NOVO HORIZONTE

Inaugurada em 2014, a Unidade de Segurança Comunitária do Polo Coroadinho foi a segunda neste formato a ser implantada na Grande São Luís, com atendimento 24 horas e a estratégia de contar com o apoio dos moradores para combater a criminalidade. A governadora à época, Roseana Sarney, declarou que o Projeto USC era uma realidade no Maranhão e que servia de exemplo para todo o país⁷²⁸.

O espaço foi concebido como um centro de convergência entre polícia e comunidade, para aproximar a comunidade das forças de segurança por meio de canais de colaboração e cooperação. Um local destinado também à inclusão social dos moradores, com a oferta de cursos profissionalizantes (via SENAI, SENAC, dentre outros órgãos), seminários e desenvolvimento de projetos sociais, aliando o trabalho ostensivo de polícia com o lado social.

A USC Coroadinho dispõe de espaços de convivência democrática para a comunidade local e em geral, com auditório, laboratório de informática, tele sala de ensino à distância e central de videomonitoramento com 12 câmeras instaladas estrategicamente nas principais ruas e avenidas da região. Na data de sua implantação, a unidade possuía um efetivo com noventa e oito policiais militares distribuídos nos serviços operacionais e administrativos; duas viaturas escaladas em regime de 24 horas de funcionamento, sendo uma no Coroadinho e adjacências e outra no Bom Jesus e adjacências; uma viatura e mais três motos com o esquadrão “GIRO” (Grupo de Intervenção Rápida Ostensiva) com atuação livre em toda área e mais uma viatura para a área da Coheb-Sacavém e Salina do Sacavém⁷²⁹.

Entre as ações desenvolvidas junto à comunidade, cita-se a Ronda Escolar, responsável por apreensões de armas de fogo e diminuição de incidência criminal no ambiente escolar; o Programa Educacional de Resistência às Drogas

727. SILVA FILHO, Eurico Alves da. (TC PMMA). *Inovação na política de segurança pública do Maranhão: a Unidade de Segurança Comunitária (USC)*. / Eurico Alves da Silva Filho (TC PMMA). – São Paulo, 2016. p. 128;

728. IMIRANTE.COM. *Inaugurada a Unidade de Segurança Comunitária do Coroadinho*. Disponível em: <<https://imirante.com/sao-luis/noticias/2014/09/30/inaugurada-a-unidade-de-seguranca-comunitaria-do-coroadinho.shtml>>. Acesso em: 10 de jan. 2019;

729. SILVA FILHO, Eurico Alves da. (TC PMMA). *Inovação na política de segurança pública do Maranhão: a Unidade de Segurança Comunitária (USC)*. / Eurico Alves da Silva Filho (TC PMMA). – São Paulo, 2016. p. 118;

– PROERD, responsável pela oferta de cursos de resistência às drogas e usos da violência, no qual policiais militares, fardados e devidamente treinados e com material próprio (Livro do Estudante, Livro dos Pais, Manual do Instrutor, camiseta e diploma) desenvolvem ações de educação afetiva, de estilo de vida saudável, ensinando fundamentalmente às crianças e adolescentes lidar com suas ansiedades e resistir às pressões do dia-a-dia, estimulando a elevação de autoestima e da convivência harmoniosa; assim como outras ações de caráter educativo, ético e moral para integrar a comunidade (Cine USC; comemoração do dia das crianças; ações cívico sociais; caminhada pela paz; etc.).

Mais que enfrentar a violência, a implantação da USC no Polo Coroadinho representava a reconexão da comunidade com a polícia e o Poder Público, nas suas mais variadas facetas, numa região “esquecida” e carente de políticas públicas. Um norte aos ideais de “liberdade, igualdade e fraternidade” (Liberté, Egalité, Fraternité, em francês), lema da Revolução Francesa e, atualmente, princípios basilares da Democracia. Sendo a fraternidade a argamassa que une os demais princípios e direitos e garantias fundamentais num Estado Democrático de Direito, isto é, o laço que conecta o povo ao Estado e vice-versa, responsável pelas primaveras sociais ao redor do mundo.

A chegada da USC representou para os moradores um alento, um ponto de partida rumo a um futuro sem violência na comunidade, de tranquilidade e paz para as famílias que ali residiam⁷³⁰. Entretanto, após quase cinco anos de sua implantação, esse futuro se mostra um tanto incerto ou, pelo menos, ainda distante, conforme pretende-se demonstrar no subtópico a seguir.

3.3 DIAGNÓSTICOS E DISCUSSÃO

3.3.1 POLICIAMENTO COMUNITÁRIO: UCS COROADINHO ATUALMENTE

Inspirada nas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) do Rio de Janeiro/RJ – porém com a inclusão da participação da sociedade civil por meio de conselhos comunitários –, e concebida em razão do significativo aumento dos altos índices de homicídios na região, num percentual de 118,18% entre os anos 2012 e 2013, data imediatamente anterior a sua implantação⁷³¹, a Unidade de Segurança Comunitária do Polo Coroadinho (USC/Coroadinho) fazia parte de projeto idealizado em 2011 pelo tenente-coronel Eurico Alves da Silva Filho

730. Idem;

731. SILVA FILHO, Eurico Alves da. (TC PMMA). *Inovação na política de segurança pública do Maranhão: a Unidade de Segurança Comunitária (USC)*. / Eurico Alves da Silva Filho (TC PMMA). – São Paulo, 2016. p. 117;

(PMMA), a pedido do Comando Geral da Polícia Militar do Maranhão e por solicitação do então secretário de segurança Aluísio Mendes, para a construção de 16 (dezesseis) USCs na região metropolitana de São Luís e 08 (oito) nos municípios do interior, totalizando 24 (vinte e quatro) unidades em todo o estado⁷³².

Após o primeiro ano de implementação da USC no Coroadinho (set/2014-set/2015)⁷³³, constatou-se uma redução de 51% no número de registros de ocorrências de crime de roubo, furto e tráfico de entorpecentes na região, assim como de Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLI), correspondente ao percentual de 15,6% neste último caso. Resultados estes satisfatórios nos indicadores criminais, principalmente se levado em consideração a tendência da capital maranhense em franco aumento de criminalidade à época.

Contudo, notou-se nos anos seguintes um esvaziamento do modelo de policiamento comunitário. Os projetos sociais e demais atividades desenvolvidas pela USC do Coroadinho para integração da comunidade foram gradativamente reduzidas ou mesmo encerradas devido a fatores não tão claros, mas sobretudo à mudança de postura do novo governo estadual que optou por retomar (ou reforçar) o policiamento tradicional ostensivo (repressivo).

Em entrevista realizada por este pesquisador com o capitão Wellington e a coronel Maria Augusta de Andrade Ribeiro, responsável esta pelo Comando de Segurança Comunitária (CSC), órgão criado pela Lei estadual nº 10.131/14 para controle operacional e administrativo das USCs, foi perguntado o porquê dessa mudança de postura por parte do governo diante dos resultados positivos do trabalho desenvolvido na USC do Coroadinho aliado ao policiamento comunitário, tendo como resposta que se tratava apenas de uma decisão meramente política. Daí a importância de se discutir o policiamento comunitário na perspectiva de política pública.

Segundo o capitão Wellington, o que se cobra por parte do poder público é justamente isto: que se disponibilize mais viaturas e policiais nas ruas realizando esse patrulhamento ostensivo ou reativo. Policiamento este conhecido por “tolerância zero” e com foco na repressão criminal, o que vai de encontro à filosofia do policiamento comunitário que parte da premissa da cooperação entre polícia e comunidade como método de prevenção, não somente de repressão do crime.

732. Idem, p. 87-95;

733. SILVA FILHO, Eurico Alves da. (TC PMMA). *Inovação na política de segurança pública do Maranhão: a Unidade de Segurança Comunitária (USC)*. / Eurico Alves da Silva Filho (TC PMMA). – São Paulo, 2016. p. 120;

Em parte, essa cobrança se dá pelo fato de a população desconhecer o policiamento comunitário, ou mesmo não saber diferencia-lo do método tradicional. Situação evidenciada nos levantamentos do pesquisador Nascimento⁷³⁴, no qual 49% dos entrevistados no Coroadinho relataram não saber como funciona a polícia comunitária. Percentual este que tende a aumentar quando perguntado sobre a diferença entre policiamento tradicional e comunitário, correspondendo a 65,6% dos entrevistados.

A coronel Augusta e o capitão Wellington também foram indagados se essa mudança não se devia à questão orçamentária para manutenção e ampliação do projeto das USCs, visto que das 24 (vinte e quatro) unidades pretendidas apenas duas foram implantadas. A princípio, o capitão Wellington ponderou que, nos moldes que fora desenvolvido, o projeto correspondia-se a um alto investimento, todavia que poderia se investir mais na qualificação dos policiais e na responsabilização final destes pela sua área de atuação, não apenas do seu imediato no batalhão, para que aqueles se tornassem vetores preponderantes de integração com a comunidade, eliminando assim o demasiado custo do projeto com a construção de estruturas permanentes e investimento em efetivo e equipamentos.

Na entrevista, a coronel Augusta ainda esclareceu que atualmente as USCs não se encontram mais subordinadas ao Comando de Segurança Comunitária (CSC), restando este somente responsável pelo desenvolvimento de ações e projetos no âmbito do policiamento comunitário. Fato que revela o esvaziamento desse modelo de policiamento, conferindo a USC Coroadinho apenas o *status* de mero órgão policial.

Em matéria da edição online do jornal O Estado⁷³⁵, publicada em junho de 2018, evidencia-se que os moradores vivem sob o domínio da violência e que as facções dominam a comunidade, sendo que homicídios, roubos, furtos e tiroteios ainda são comuns na região:

A violência está predominando na área do Coroadinho. Os moradores vivem com medo, principalmente das ações cometidas por integrantes de facções criminosas. Roubos, furtos, tiroteios e os assassinatos, segundo os moradores,

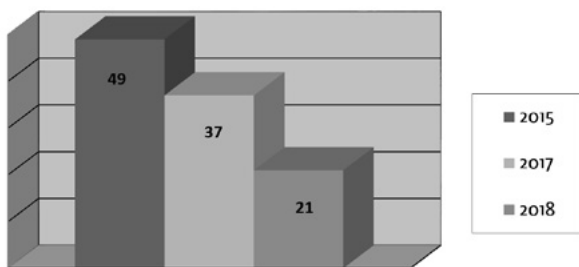
734. NASCIMENTO, Harlan S. do. *Polícia Comunitária: o caso da experiência de implantação da 2a Unidade de Policiamento Comunitário (USC) da PMMA no bairro do Coroadinho, em São Luís do Maranhão.* 79f. Monografia (Curso Superior de Polícia e Bombeiro Militar – CSPBM/2015 – “Ênfase em Gestão Estratégica e Defesa Social) – IESP, Marituba, 2015.

735. ARAÚJO, Ismael. O ESTADO. *Moradores vivem sob o domínio da violência na região do Coroadinho.* Disponível em: < <https://imirante.com/oestadoma/noticias/2018/06/27/moradores-vivem-sob-o-dominio-da-violencia-na-regiao-do-coroadinho/>>. Acesso em: 10 de jan. 2019;

são ocorrências comuns na localidade. [...] ainda ontem era possível observar marcas de tiros na parede da Unidade Mista de Saúde do Coroadinho, na rua da Mangueira, e sangue na calçada onde morreu Rudson Vitor Pires Fernandes, de 16 anos, no último dia 20. De acordo com moradores, o adolescente vinha da escola e se dirigia a um ensaio da Dança Portuguesa quando foi baleado por membros de uma facção criminosa. [...] os moradores, que não se identificam com receio de algum tipo de represália, disseram que o menor foi confundido com outra pessoa e acabou baleado nas costas (O Estado, 27/06/2018).

À parte isso, em dezembro do mesmo ano, a Polícia Militar do Maranhão (PMMA) celebrou a redução nos índices de homicídios no Coroadinho, do qual revelou ser fruto de um trabalho conjunto entre a Polícia Militar, a Polícia Civil e a Comunidade. De acordo com o informado no site oficial da corporação os números apontavam uma redução de 43% no ano de 2018 em comparação com 2017. Se comparado a 2015, data que o atual comandante o major Raimundo Mulundú Martins Serra Júnior assumiu o comando da unidade, os índices tiveram uma redução de 57% segundo os dados da Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP/MA)⁷³⁶.

O gráfico abaixo revela o registro de homicídios no Coroadinho entre 2015 e 2018:



Fonte: Registro de Homicídios (Dados da Secretaria de Estado da Segurança Pública - SSP/MA)

Como mostrado no gráfico acima, mesmo com o esvaziamento do policiamento comunitária, houve uma significativa melhora nos indicadores criminais do Polo Coroadinho - ou pelo menos se manteve em decrescente - no que tange ao registro de homicídios na região. Cenário semelhante em toda a Grande

⁷³⁶ Dados da Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP/MA), disponibilizados por meio do Portal da Polícia Militar do Estado do Maranhão (PMMA). Disponível em: <<https://pm.ssp.ma.gov.br/2a-usc-celebra-reducao-nos-indices-de-homicidios-no-coroadinho-sao-luis/>>. Acesso em: 26 de fev. 2019;

São Luís⁷³⁷, tendo em vista o incremento no quadro de efetivos da Polícia Militar do Maranhão, que saltou de pouco mais de 12 (doze) mil em 2014 para o contingente atual de 15 (quinze) mil agentes⁷³⁸, além do investimento em novos armamentos, equipamentos e viaturas para reforçar o patrulhamento ostensivo em todo o estado.

Entretanto, o grande dilema do policiamento tradicional ostensivo decorre do fato de seus resultados serem cíclicos, isto é, cuja tendência é de retorno dos índices de violência em médio ou longo prazo a patamares semelhantes ao início das intervenções. E isso decorre do fato desse modelo policial “combater” apenas os efeitos da violência urbana, não buscando enfrentar as suas causas, contrapondo-se à filosofia de polícia comunitária (preventiva).

A exemplo, pode-se citar o fracasso das ocupações do Projeto das UPPs no Rio de Janeiro/RJ, consubstanciadas no método repressivo e sem enfoque na solução dos problemas das comunidades relativos ao desenvolvimento social e urbano. Intervenções emblemáticas pela fuga em massa de traficantes dos morros cariocas amplamente noticiada pela mídia⁷³⁹, reduzindo, por consequência, a criminalidade nas comunidades alvo da intervenção, mas que hoje se mostrou ineficaz devido a reorganização do aparato criminoso⁷⁴⁰.

Como se pode auferir, não basta colocar mais policias e viaturas na rua realizando o patrulhamento tradicional repressivo, sendo, portanto, necessário todo um trabalho integrado com a comunidade no intuito de se buscar enfrentar as causas da violência urbana, não somente remediando seus efeitos por meio da prisão dos “agentes desviantes” ou desarticulação de suas organizações, pois, como mostrado, a tendência é que o quadro de escalada da violência se repita.

3.3.2 INVERSÃO DO POLICIAMENTO COMUNITÁRIO

Em visita a Unidade de Segurança Comunitária do Polo Coroadinho (USC/Coroadinho), realizada em maio de 2019, foi possível a entrevista com o major

737. Informações da Secretaria de Estado da Segurança Pública (SSP/MA). Disponível em: <<https://www.ssp.ma.gov.br/estatisticas/estatisticas-da-grande-sao-luis/>>. Acesso em: 26 de fev. 2019;

738. MARINO, Saulo. O Imparcial. *Contingente da PM do Maranhão aumenta em mais de mil soldados*. Disponível em: <<https://oimparcial.com.br/cidades/2018/10/contingente-da-policia-militar-do-maranhao-aumenta-em-mais-de-mil-soldados/>>. Acesso em: 26 de fev. 2019;

739. G1 RJ. *Ação da polícia provoca fuga em massa de criminosos na Vila Cruzeiro*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/11/imagens-mostram-criminosos-fugindo-da-vila-cruzeiro.html>>. Acesso em: 2 de mar. 2019;

740. PORTAL R7. *Rio sob intervenção*. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/rio-sob-intervencao>>. Acesso em: 2 de mar. 2019;

Raimundo Mulundú Martins Serra Junior, responsável pelo comando da USC. Antes, após breve vistoria externa das instalações, foi perceptível o alto investimento para construção da unidade.

Na entrevista, inicialmente, foi perguntado ao major Serra sobre o treinamento disponibilizado aos policiais da unidade. Ele relatou que existia o ideal e o real, mas não entrou em detalhes. Revelou que existem os promotores, que atuam diretamente com o policiamento comunitário, e os multiplicadores, que realizam o treinamento daqueles.

Acerca do efetivo, informou que atualmente se encontram à disposição da unidade 137 policiais, atuando de 16 a 24 por turno. E quanto as unidades móveis, informou serem sete viaturas e seis motocicletas, e que estas seriam mais utilizadas por conta da maior agilidade e das ruas estreitas no Coroadinho.

Sobre os equipamentos e armamentos, relatou que fazem uso de coletes balísticos, rádio portátil e rádio das viaturas, além da Central de Videomonitoramento da unidade. E como armamentos letais, dispõem de pistolas e carabinas; não letais, spray de pimenta, bomba de gás e tonfa.

Foi perguntado ao major Serra também quais os tipos de substâncias entorpecentes mais apreendidas na área, tendo como resposta o crack e a maconha.

O major foi indagado ainda sobre as ações sociais desenvolvidas em 2018 junto à comunidade. Ele pontuou que não fora realizada nenhuma, disse que essa ausência se dá por falta de demanda, de interesse da comunidade em participar dos projetos. Que em um eventual curso ou oficina seriam necessários pelo menos 30 (trinta) alunos, caso contrário não seria viável para o Sistema S (Senai, Senac, Sesi, etc.) ministrar tal atividade por conta do modelo de convênio com o governo federal e estadual. Entretanto, o que se sabe é que parte desse desinteresse tem origem no medo dos moradores de adentrarem a unidade e serem vistos como “X9”, “dedo-duro”, pelos “olheiros” das facções que dominam a comunidade.

Quando perguntado sobre a aproximação com a comunidade, o major foi enfático nesse sentido, respondendo que havia sim melhorado, principalmente com a comunidade escolar e religiosa. Revelou também que o comércio cresceu na região, sobretudo nas áreas adjacentes à USC, pois os comerciantes se sentem mais seguros, e antes ocorriam muitos assaltos.

Quanto as facções que atuam na comunidade, foi apontado o “Comando Vermelho” e o “Bonde dos 40”, organizações criminosas bem conhecidas pela sociedade ludovicense. Informou que essas facções proíbem o roubo dentro da comunidade, tendo em vista que o policiamento é reforçado na área do ocorrido, o que acaba por comprometer o comércio de drogas: principal porta de financiamento das facções. E para o descumprimento de tal “regra” há uma punição severa, como o ferimento por bala em um dos membros (mão ou perna) do “infrator”.

Essas facções também estipulam metas de arrecadação para os seus integrantes. E segundo o major Serra, quando a comercialização de drogas fica prejudicada por conta de um policiamento mais ostensivo dentro da comunidade, a tendência é que se aumente a criminalidade - furto e roubo, principalmente em ônibus - em outras localidades vizinhas ao Coroadinho, justamente para se alcançar tais metas de arrecadação.

Como área de maior resultado com o policiamento comunitário no polo Coroadinho, o major Serra citou a Coheb; e como uma de menor, o Alto do Sebastião, área que inspira maior cautela por parte dos policiais que sempre circulam com os vidros das viaturas levantados, assim como demais precauções para se evitar incidentes.

No geral, ao contrário do noticiado pela mídia, o major Serra considera o Polo Coroadinho uma área segura. Segundo ele, o índice de homicídios, por exemplo, é baixo se levado em consideração o índice populacional da comunidade – que ultrapassa os 100 mil habitantes - comparado ao de outras localidades. Destacou que pelo fato de a área ser atualmente classificada como segura (dentro dos padrões regulares de criminalidade), passou a ocorrer a inversão do policiamento comunitário, isto é, a retirada de parte do efetivo policial da comunidade para o envio a outras mais sensíveis.

Para corroborar, o major Serra apresentou os seguintes dados:

Período/ Ano	Apreensões de armas de fogo	Conduções à delegacia	Prisões por tráfico de entorpecentes	Homicídios
2015	Não informado	426	37	49
2016	28	215	41	29
2017	26	417	47	37
2018	20	610	24	21
2019*	09	283	18	03

*Dados referentes até maio de 2019

Nota-se uma ligeira queda no número de homicídios na região, com exceção de 2017. Interrupção esta na queda de homicídios explicada pelo major Serra como sendo em virtude da guerra entre facções rivais em novembro daquele ano, vitimando vários membros destas e que acabou por elevar os índices de violência na região⁷⁴¹.

Por fim, o major Serra comentou que pretendia executar em breve na comunidade o projeto “A Praça é Nossa”, que consistiria na disponibilização de policiais em viaturas das 9 às 19 horas em determinada praça para que os moradores pudessem usufruir do espaço sem medo. A ideia do major seria a de realizar jogos itinerantes de baralho e dominó (jogos populares entre os moradores), com disputas internas por bairros, como forma de entretenimento, interação e integração entre essas diferentes áreas que compõem o Polo Coroadinho.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a importância da participação popular como fator de prevenção criminal, e a experiência tem confirmado isso. Estudos indicam que o trabalho preventivo necessita da participação dos cidadãos, pois quem melhor que os próprios moradores de uma comunidade para identificar e apontar as soluções para os seus problemas? A prevenção criminal deve ser um trabalho tanto da polícia como uma atribuição da sociedade, devendo-se promover essa colaboração pelos diversos meios possíveis. E como debatido ao longo de toda a pesquisa, o policiamento comunitário tem como premissa a valorização da cooperação entre a polícia e a sociedade.

Esses estudos também revelam que a violência urbana não está diretamente relacionada ao indivíduo, mas ao lugar em que esse se encontra. Isto é, o crime não se vincula a tipos ou perfis de pessoas, mas a perfis de áreas urbanas degradadas, nas quais são frágeis ou inexistentes os vínculos sociais. A violência é um dos produtos das “áreas criminais”, ou seja, é uma das graves consequências da degradação urbana e exclusão social. Assim, se não é a violência que produz as áreas degradadas que alimenta a violência, então as medidas eficazes de prevenção da violência e da criminalidade em geral

741. FURTADO, Luís. O Imparcial. *Guerra do tráfico mata 14 pessoas em novembro*. Disponível em: < <https://oimparcial.com.br/noticias/2017/11/guerra-do-trafico-mata-14-pessoas-em-novembro/>>. Acesso em: 18 de jan. de 2020;

não devem ter como objetivo primeiro “combater” a violência e as pessoas violentas, mas enfrentar o problema da degradação urbana e social⁷⁴².

É necessário que se quebre o ciclo da violência urbana, e para isso é preciso bem mais que combater os seus efeitos. O Estado deve buscar alcançar essas zonas de exclusão, pois, como estudado, o problema não é a violência em si, mas a falta de educação, saúde, emprego, esporte, lazer, moradia, saneamento básico etc. Precisa-se, de fato, enfrentar a sua verdadeira causa, estendendo um leque de oportunidades aos jovens, para que esta e as próximas gerações não sejam cooptadas por uma das facetas da degradação urbana: o crime organizado. Daí a importância do policiamento comunitário, do trabalho integrado entre a polícia (Estado) e o cidadão (Sociedade).

As instituições de segurança pública, em especial as polícias militares, são cobradas constantemente pela sociedade diante do descontrole da criminalidade. Em resposta são colocados mais policiais nas ruas e mais viaturas em patrulhamento. São efetuadas mais prisões, mas os problemas não diminuem; ao contrário, aumentam cada vez mais⁷⁴³. Panorama apontado em diversas pesquisas na área de segurança pública e criminalidade.

Segundo dados do Atlas da Violência⁷⁴⁴, em 2016, houve 62.517 homicídios no Brasil, o que levou o país pela primeira vez na história a superar o patamar de trinta mortes por 100 mil habitantes (taxa igual a 30,3). Índice este que aponta o asoerbarado crescimento da violência, com crescimento superior a 80% nas taxas de homicídios nos estados da federação pertencentes ao Norte e ao Nordeste.

É importante refletir que o aumento do efetivo policial nas ruas, exercendo o policiamento tradicional ostensivo como estratégia principal, não é suficiente para a preservação da ordem pública e, por consequência, a diminuição da incidência da criminalidade. É preciso que as polícias militares superem esse tipo de policiamento. O compromisso, portanto, não é ajustar o modelo atual de policiamento, nem investir mais recursos nele, mas sim o de construir um novo modelo, dotado de uma nova racionalidade⁷⁴⁵.

742. AUGUSTO DE SÁ, Alvinio. Prefácio. In: TANGERINO, Davi de Costa e Paiva. *Crime e cidade: violência urbana e a escola de Chicago*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

743. MACHADO, Donavan Farias; JESUS, José Lauri Bueno de. *Polícia Comunitária: Um Novo Paradigma de Polícia Ostensiva*. Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXIII. Ed. nº 42, jul.-dez. 2014. p. 207-231;

744. CERQUEIRA, D. et al. *Atlas da Violência – 2018*. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 18 de mar. 2019;

745. ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século*

Nesse novo modelo, a responsabilização pelo trabalho de prevenção dos distúrbios sociais não pode depender apenas de um seguimento estatal, mas, conforme interpreta Jesus⁷⁴⁶, de um amplo sistema de prevenção que envolva a sociedade organizada, os poderes constituídos e, principalmente, o envolvimento da comunidade. É a partir desse entendimento que se constrói o ideal de Polícia Comunitária⁷⁴⁷.

É necessária, desta forma, a união entre a sociedade e o Poder Público, um trabalho em conjunto, uma colaboração para o alcance de um objetivo em comum. Assim sendo, nunca foi tão premente a busca por uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social, na qual a igualdade e a justiça sejam valores supremos, tal qual preconizou o Constituinte no preâmbulo que apresenta a nossa Carta, ou mesmo no seu art. 3º, que consagra como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sendo a solidariedade um dos elementos que compreendem o princípio da fraternidade, de uma sociedade fraterna.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO DE SÁ, Alvino. Prefácio. In: TANGERINO, Davi de Costa e Paiva. **Crime e cidade: violência urbana e a escola de Chicago**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

ARAÚJO, Esaú. O IMPARCIAL. **O que faz do Coroadinho um bairro tão perigoso?** Disponível em: <<https://oimparcial.com.br/cidades/2018/07/0-que-faz-do-coroadinho-um-bairro-tao-perigoso/>>. Acesso em: 16 de mar. 2019;

ARAÚJO, Ismael. O ESTADO. **Moradores vivem sob o domínio da violência na região do Coroadinho**. Disponível em: <<https://imirante.com/oestadoma/noticias/2018/06/27/moradores-vivem-sob-o-dominio-da-violencia-na-regiao-do-coroadinho/>>. Acesso em: 10 de jan. 2019;

BAGGIO, A. M. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2009;

BAYLEY, D.H.; SKOLNICK, J.H. **Nova Polícia: inovações nas polícias de seis cidades norte-americanas**. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora da USP, 2001;

XXI. 3. ed. 2. Reimpressão, Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 44;

746. JESUS, José L. B. de. *A organização da comunidade para o exercício da cidadania e prevenção de delitos*. 1999. 94 f. Monografia (Curso Avançado de Administração Policial Militar) – Academia de Polícia Militar da Brigada Militar, Porto Alegre, 1999;

747. MACHADO, Donavan Farias; JESUS, José Lauri Bueno de. *Polícia Comunitária: Um Novo Paradigma de Polícia Ostensiva*. Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXIII. Ed. nº 42, jul.-dez. 2014. p. 207-231.

BAYLEY, David H.; SKOLNICK, Jerome H. **Policamento comunitário: questões e práticas através do mundo**. Tradução Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: USP, 2002;

BRODEUR, Jean-Paul. **Como reconhecer um bom policiamento**. Tradução Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: USP, 2002;

BUCQUEROUX, Bonnie; TROJANOWICZ, Robert. **Policamento comunitário: como começar**. Tradução Mina Seinfeld de Carakushansky. 3. ed. São Paulo: USP, 2003;

CERQUEIRA, D. et al. **Atlas da Violência – 2018**. Rio de Janeiro: Ipea/FBSP. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 18 de mar. 2019;

COROADINHO EM FOCO. **A História da Fundação do Coroadinho**. Disponível em: <<http://coroadinhoemfoco.blogspot.com/2011/02/assim-foi-o-comeco.html>>. Acesso em: 16 de fev. 2019;

CHAK, Wong Sio. **A Filosofia e Modelo de Policiamento Comunitário: Concretização e percepção por parte da PJ**. Disponível em: <http://www.pm.al.gov.br/intra/downloads/bc_policial/pol_07.pdf>. Acesso em: 13 de jan. 2019;

FURTADO, Luís. O Imparcial. **Guerra do tráfico mata 14 pessoas em novembro**. Disponível em: <<https://oimparcial.com.br/noticias/2017/11/guerra-do-trafico-mata-14-pessoas-em-novembro/>>. Acesso em: 18 de jan. de 2020;

FRÓES, Joseane Ferreira. **Impactos sócio-urbanos no alto curso do Rio das Bicas: contextualizando o Bairro do Coroadinho**. 2004. Monografia (Graduação em Geografia) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2004.

G1 MARANHÃO. **No Coroadinho 65% dos jovens estão envolvidos em crimes, diz pesquisa**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2015/06/no-coroadinho-65-dos-jovens-estao-envolvidos-em-crimes-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 18 de jan. 2019;

G1 RJ. **Ação da polícia provoca fuga em massa de criminosos na Vila Cruzeiro**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/11/imagens-mostram-criminosos-fugindo-da-vila-cruzeiro.html>>. Acesso em: 2 de mar. 2019.

IMIRANTE.COM. **Inaugurada a Unidade de Segurança Comunitária do Coroadinho**. Disponível em: <<https://imirante.com/sao-luis/noticias/2014/09/30/inaugurada-a-unidade-de-seguranca-comunitaria-do-coroadinho.shtml>>. Acesso em: 10 de jan. 2019;

JESUS, José L. B. de. **A organização da comunidade para o exercício da cidadania e prevenção de delitos**. 1999. 94 f. Monografia (Curso Avançado de Administração Policial Militar) – Academia de Polícia Militar da Brigada Militar, Porto Alegre, 1999;

MACHADO, Donavan Farias; JESUS, José Lauri Bueno de. **Polícia Comunitária: Um Novo Paradigma de Polícia Ostensiva**. Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Ano XXIII. Ed. nº 42, jul.-dez. 2014;

Manual de Policiamento Comunitário: Polícia e Comunidade na Construção da Segurança [recurso eletrônico] / Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP). – Dados eletrônicos. 2009;

MARINO, Saulo. O Imparcial. **Contingente da PM do Maranhão aumenta em mais de mil soldados**. Disponível em: <<https://oimparcial.com.br/cidades/2018/10/contingente-da-policia-militar-do-maranhao-aumenta-em-mais-de-mil-soldados/>>. Acesso em: 26 de fev. 2019;

NASCIMENTO, Harlan S. do. **Polícia Comunitária: o caso da experiência de implantação da 2ª Unidade de Policiamento Comunitário (USC) da PMMA no bairro do Coroadinho, em São Luís do Maranhão**. 79f. Monografia (Curso Superior de Polícia e Bombeiro Militar – CSPBM/2015 – “Ênfase em Gestão Estratégica e Defesa Social) – IESP, Marituba, 2015;

PORTAL R7. **Rio sob intervenção**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/rio-sob-intervencao>>. Acesso em: 2 de mar. 2019;

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. 3. ed. 2. Reimpressão, Rio de Janeiro: Zahar, 2012;

ROSENBAUM, Dennis P. **A mudança no papel da polícia: avaliando a transição para policiamento comunitário**. In: BRODEUR, Jean-Paul. Como reconhecer um bom policiamento. Tradução Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: USP, 2002;

SANTOS, José Erivaldo Oliveira dos. **Políticas públicas na atualidade e seus desafios**. In: XI Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, Santa Cruz do Sul. I Mostra Nacional de Artigos Científicos. Santa Cruz do Sul, 2015;

SOUZA, Celina. **Estado da arte da pesquisa em políticas públicas**. In: Hochman, G.; Arretche, M.; Marques, E. (Orgs). Políticas públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007;

SILVA FILHO, Eurico Alves da. (TC PMMA). **Inovação na política de segurança pública do Maranhão: a Unidade de Segurança Comunitária (USC)**. / Eurico Alves da Silva Filho (TC PMMA). – São Paulo, 2016;

TEIXEIRA, Marcio Aleandro Correia. **Violência e Segurança Pública: as relações entre Polícia e Sociedade**. São Luís: EDUFMA, 2016.

A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO DE PERSONALIDADE E O DIREITO DE REVISÃO DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LEI 13.709 DE 2018

BRUNO ARAÚJO DUAILIBE PINHEIRO⁷⁴⁸

EDUARDO JOSÉ LEAL MOREIRA⁷⁴⁹

HUGO ASSIS PASSOS⁷⁵⁰

INTRODUÇÃO

O direito civil brasileiro vivenciou, a partir da última década do século passado, verdadeira reconstrução da dogmática civilista e de sua aplicação prática, em decorrência do eixo de central da tutela jurídica ter se fixado na proteção da pessoa humana, portanto, com ênfase nos direitos de personalidade.

A reestruturação em apreço se embasa em uma análise constitucional do direito civil e no reconhecimento da força normativa e da supremacia da Constituição Federal de 1988, norma através da qual todo ordenamento jurídico passou a ser interpretado e aplicado para concretização de seus comandos, tendo como fundamento o princípio da dignidade humana.

A história política e constitucional brasileira demonstra que, até 1988, as normas constitucionais, que regulavam a atuação dos poderes instituídos, preceituaram direitos e desenharam a organização jurídica do Brasil, foram

748. Advogado. Juiz titular do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão – TRE/MA. Graduado pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pelo ICAT-UNIDF e em Direito Eleitoral pelo IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro da Comissão Especial de Direito Eleitoral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

749. Advogado. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep.

750. Advogado. Conselheiro Estadual da OAB/MA. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABMA. Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Mestre em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Constitucional Aplicado – UNICEUMA e em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Maranhão. Professor de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Fundador do Instituto Assis Passos – INASP.

marcadas pela existência de normas com baixo teor de efetividade e, muitas vezes, destinadas apenas a construir uma aparente força normativa.

Intentando um percurso contrário, a Constituição de 1988 estruturou um ordenamento no qual prevê normas que organizam e limitam os poderes estatais, prescrevem direitos e garantias individuais e permitem a participação popular nos destinos políticos do país. Dotada de normas com imperatividade e aptas a tutelar, direta e imediatamente, as situações que alcançam, além de se tornarem parâmetros interpretativos para as normas infraconstitucionais, dando novos sentidos ao direito civil, direito do consumidor, processual e demais ramos do direito.

Esse novo paradigma constitucional identifica o estágio atual do constitucionalismo, segundo qual o constitucionalismo democrático, nas últimas décadas, vivenciou profundas modificações em sua teoria e prática⁷⁵¹.

A Constituição de 1988 fixa como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade humana.

Trata-se do núcleo valorativo do constitucionalismo nacional.

Alicerçado nesta perspectiva de jaez constitucional, vivencia-se a reorganização do direito civil com foco na proteção da pessoa humana, fenômeno publicamente divulgado como despatrimonialização ou repersonalização do direito civil para significar a interpretação e aplicação das normas que coloca a pessoa como centro da tutela jurídica.

Ao lado destas mudanças do direito constitucional e do direito civil, destacam-se ainda sensíveis alterações no mundo fenomênico, como o advento da sociedade em rede, como denomina Manuel Castells, marcada pelo uso intenso da tecnologia, do incremento da internet e de evidente revolução das telecomunicações.

Este significativo avanço tecnológico proporciona possibilidades exponenciais de lesões a direitos, notadamente no tratamento de dados pessoais, como exemplo pertinente a esta pesquisa, nas hipóteses de definições de perfis inadequados à realidade e decisões automatizadas que alcancem aspectos da personalidade.

751. Tais transformações na teoria e prática do direito constitucional brasileiro podem ser concentradas em três marcos fundamentais, quais sejam: marco histórico, a constituição de 1988 e a redemocratização no país; marco filosófico, o pós-positivismo, que concebe a relação entre o direito e a filosofia moral e política, assim como prega a utilização dos valores na interpretação jurídica, reconhece a força normativa aos princípios e sua diferença com as regras jurídicas, sustenta a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a criação de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada na dignidade da pessoa humana; por fim, como marco teórico, a afirmação da força normativa das disposições constitucionais, a expansão da jurisdição constitucional, com a criação de tribunais constitucionais e de uma nova hermenêutica constitucional. (BARROSO, 2013).

A Lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em seu artigo 20 e parágrafos, facultou ao titular das informações o direito de revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados, ressalvados o sigilo comercial e industrial.

Apoiado nestas reflexões, levanta-se como problema de pesquisa o seguinte: em uma sociedade em rede marcada pela tecnologia e expressivo tratamento de dados, em que medida a revisão de decisões automatizadas, prevista pelo artigo 20 da LGPD, tem o condão de preservar a perspectiva de reconhecimento dos dados pessoais como direitos de personalidade?

Ademais, questiona-se: há realmente um direito à revisão e explicação da decisão automatizada diante da hipótese legal do sigilo das informações decorrentes do segredo comercial e industrial, de sorte a resguardar os dados pessoais como direitos de personalidade?

Como hipótese, afirma-se que artigo 20 da LGPD, ao estatuir o direito de revisão e explicação de decisões automatizadas, com exceção das informações resguardadas pelo sigilo comercial e industrial, reconhece os dados pessoais como direitos de personalidade em decorrência da previsão da realização de auditoria pela autoridade nacional de proteção de dados.

O objetivo geral da pesquisa consiste na análise da tutela dos dados pessoais com direito de personalidade e o direito de revisão das decisões automatizadas. Como objetivos específicos pretende-se refletir sobre a tutela dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, investigar a categorização dos dados pessoais como direito de personalidade e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira, assim como analisar a proteção de dados pessoais como direito de personalidade diante da definição de perfis e da tomada de decisão automatizadas.

Desenvolve-se a pesquisa sobre o tema utilizando-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica.

1. A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos de personalidade, fixados no vigente Código Civil brasileiro com prevalência e em um capítulo inteiro, representam uma reelaboração da dogmática civilista, qual seja, o reconhecimento que tais direitos desempenham papel

fundamental e que o ordenamento jurídico confere valor máximo à proteção da pessoa humana. (DONEDA, 2003)

Esta redefinição dogmática sustenta-se em uma análise constitucional do direito civil, a partir da constatação de que a Constituição Federal brasileira é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, dotada de posição hierárquica superior e, ao mesmo tempo, a lente pela qual a interpretação das normas civis deve se concretizar.

A experiência política e constitucional brasileira demonstra que, até 1988, os sucessivos diplomas constitucionais, responsáveis pela regulação da atuação dos poderes instituídos, o estabelecimento de direitos e a organização jurídica do Brasil, foram marcados pela existência de normas com baixo teor de efetividade e, muitas vezes, destinadas apenas a construir uma aparente força normativa.

Neste sentido, a baixa efetividade das Constituições brasileiras decorreu da não aclamação da força normativa a seus textos e da falta de vontade política de promover a aplicação direta e imediata de seus comandos, tradição herdada das constituições europeias da primeira metade do século que viam a Lei fundamental como simples ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes estatais. (BARROSO; BARCELLOS, 2011)

A isso tudo acresça-se o fato inelutável de que a maioria de nossas cartas constitucionais foram desprovidas de legitimidade, tendo sido outorgadas *sic et simpliter* por governos autoritários, à exceção do ocorrido com as Constituições de 1934 e 1946.

Contudo, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova perspectiva através da consagração dos valores do Estado Constitucional de Direito e da Democracia. Constituiu, assim, um ordenamento no qual prevê normas que organizam e limitam os poderes estatais, prescrevem direitos e garantias constitucionais e permitem a participação popular nos destinos políticos do país. Não é à toa que a cabeça do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 fala em Estado Democrático de Direito.

Ademais, na vigente Constituição a efetividade elevou-se em uma ideia vitoriosa e inconcussa, alcançando as normas constitucionais o *status* de normas jurídicas dotadas de verdadeira imperatividade, capazes de regular as situações que abrangem, além de se tornarem parâmetros interpretativos para as normas infraconstitucionais. (BARROSO; BARCELLOS, 2011)

A Constituição Federal de 1988, que nos incisos de seu artigo 1º elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil, destaca, por pertinente ao recorte epistemológico desta análise, o papel relevante do princípio da dignidade humana.

Nesse contexto é lícito afirmar que a dignidade da pessoa humana é o núcleo e o cerne axiológico do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, valor constitucional supremo e, por esta razão, deve servir como diretriz para elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, assim como o sistema dos direitos fundamentais. (NOVELINO, 2016).

Sobre os direitos fundamentais, o título II da Constituição Federal de 1988, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, fixa prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade, igualdade e fraternidade para todas as pessoas, sem distinções de raça, credo ou origem.

Embora estas garantias sejam genéricas, elas são essenciais ao ser humano e indispensáveis para o alcance da plenitude da pessoa humana. Nesse sentido, ressalta-se que o artigo 5º da Constituição Federal consagra as denominadas cláusulas pétreas, consideradas direitos fundamentais conferidos principalmente à pessoa natural, verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. (TARTUCE, 2011)

Há uma relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais tendo em vista que estes surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento do indivíduo, e somente por meio da existência de tais direitos, a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida. (NOVELINO, 2016)

A partir deste enfoque constitucional, constrói-se um novo olhar sobre o direito civil e sobre a tutela dos direitos de personalidade, especificamente, a reestruturação do direito privado voltado à proteção da pessoa humana, fenômeno capaz de despatrimonializar o direito civil e colocar a pessoa como centro da tutela jurídica.

Ora, o elemento unificador do direito civil, por muitos séculos, não foi a pessoa, mas a propriedade.

Atualmente, contudo, fala-se em repersonalização, termo que representa o sentido das mudanças que colocaram a pessoa humana no centro do sistema civil-material. (DE FARIAS; NETTO, ROSENVALD, 2018)

Assim, sob o alicerce constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, da dignidade humana, e dos direitos e garantias fundamentais, os direitos de

personalidade, na atualidade, constituem-se elementos centrais do direito civil contemporâneo, fundamentos interpretativos, integrativos e normativos da proteção da pessoa humana.

Daí por que, segundo Bioni (2019, p. 58), os direitos de personalidade fazem parte de uma cláusula geral de proteção, de tutela e promoção da pessoa humana ou de um sistema geral de tutela da pessoa humana, cuja consequência principal é sua elasticidade.

Extraí-se, portanto, que o rol de direitos de personalidade previstos no Código Civil não é exaustivo, permitindo-se a promoção de novos direitos decorrentes do modelo de sociedade atual, a sociedade da informação, em que os dados pessoais, como hipótese, podem ser considerados como expressões da personalidade dos indivíduos e passíveis de proteção.

Novos temas, hodiernamente, são objeto de reflexões na seara dos direitos de personalidade decorrentes do modelo de sociedade existente diante de novas tecnologias.

Nas últimas décadas do século passado, a partir de uma análise fundamentada em procedimentos-padrão das ciências sociais, descobriu-se que uma nova estrutura social estava em formação, conceituada como sociedade em rede por ser constituída por redes em todas as dimensões fundamentais da organização e da prática social.

Embora as redes sejam forma de organização já manifestadas na experiência humana, atualmente salta aos olhos o fato de as que tecnologias digitais de formação de redes, características da Era da informação, alimentaram a redes sociais e organizacionais, gerando infinita expansão e reconfiguração, superando as limitações tradicionais. (CASTELLS, 2018)

Nesse estado de coisas, a mudança social mais evidente foi provavelmente a transformação da comunicação, já que a revolução nas tecnologias da comunicação se intensificou nos últimos anos e, como a comunicação consciente é a que caracteriza o ser humano, esta foi a área da sociedade que sofreu modificação mais profunda.

Neste sentido, as redes de computadores, os softwares de código aberto e o rápido desenvolvimento da capacidade de comutação e transmissão digital nas redes de telecomunicação geraram a expansão da internet, após privatização na década de 90, e a ampliação de seu uso em todas as atividades. (CASTELLS, 2018)

Para a perfeita compreensão das mudanças e das razões da expansão da internet, ultrapassados mais de 20 anos de sua privatização, cita-se as mudanças regulatórias, maior largura da banda de telecomunicação, difusão dos computadores sociais, softwares de fácil uso que simplificaram o upload, o acesso e a comunicação de conteúdo, como o servidor e navegador World Wide Web (www) e a demanda social por organização de qualquer coisa, estimuladas pelo mundo empresarial e pelo anseio público de criar redes de comunicação. (CASTELLS, 2018)

Este novo perfil da sociedade descortinou um amplo espaço de possibilidades de desenvolvimento do ser humano. Sem embargo, potencializou igualmente as lesões a direitos, com destaque aos direitos de personalidade, o que exige uma tutela capaz de contemplar novas situações destinada à promoção da pessoa humana.

Em razão do necessário recorte da pesquisa em curso, enfatiza-se a proteção dos dados pessoais, partindo-se da premissa de que os dados são expressões de direitos de personalidade.

2. OS DADOS PESSOAIS COMO DIREITO DE PERSONALIDADE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA.

É possível compreender como personalidade os atributos ou características distintivas de um indivíduo, sejam estas corpóreas ou incorpóreas.

Noutro giro verbal: são projeções individuais diferenciadoras, como o nome, a integridade, a privacidade, a honra, apenas para citar alguns exemplos, todas tuteladas pelo ordenamento jurídico.

A partir desta definição é possível levantar a hipótese de que um dado, vinculado à esfera de uma pessoa, pode ser considerado um direito de personalidade desde que seja expressão da projeção dos atributos de seu titular pois, na sociedade e na economia atuais, a atividade de processamento de dados tem sensível impacto na vida das pessoas, a justificar, por exemplo, a retificação de dados pessoais para que sua projeção seja precisa. (BIONI, 2019)

Desta forma, como premissa, afirma-se que um dado é a extensão ou projeção da personalidade de seu titular.

Assim, ao se considerar um dado como manifestação da personalidade individual, capaz de distinguir os indivíduos, justifica-se a sua proteção pelo Direito, com a ressalva de que tal tutela não fica cingida à tutela de

informações privadas, mas alcança a proteção da correspondência perfeita entre o dado e o sujeito que é seu titular.

Porquanto a proteção dos dados como direitos de personalidade não fica limitada à privacidade, pelo contrário, alcança a própria identidade do indivíduo, isto quer dizer que há um direito de correspondência fiel dos dados em relação a seu titular, como consequência, o direito de acesso, correção e revisão dos dados e decisões. (BIONI, 2019)

Feitas estas considerações, um aprofundamento se mostra necessário, qual seja, apreciar o conceito de dados pessoais nas perspectivas reducionista e expansionista na LGPD.

Analisar o conceito de dados pessoais nas perspectivas reducionista e expansionista proporciona uma compreensão mais clara sobre a tutela existente na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira.

Um dado só possui qualidade de direito de personalidade, portanto, passível de proteção, se representar um prolongamento da pessoa, ou seja, não é qualquer dado que gera repercussão jurídica, mas, exclusivamente, aquele que atrai um qualificador pessoal.

A assimilação do conceito de dado depende de palavras que restringem ou ampliam o gargalo de proteção, em outro sentido, uma bipartição do léxico que ora reduz (reducionista) e ora expande (expansionista) a tutela. (BIONI, 2019)

A Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 5º, relaciona dado pessoal à pessoa natural identificada ou identificável. Isto demonstra o espectro de proteção, um alargamento da tutela sob uma perspectiva expansionista.

Desta forma, um dado pode ser considerado como pessoal a partir de uma análise contextual de um banco de dados do qual pode ser extraída uma informação. Na perspectiva da LGPD, um referencial teórico expansionista é adotado. (BIONI, 2019)

Para uma melhor compreensão de tal critério de definição de dados pessoais, é digno de nota o exemplo de Márcio Cots e Ricardo Oliveira no livro Lei Geral de Proteção de Dados comentada:

Para entendermos melhor, basta imaginar uma sala de aula com 40 alunos. Imagine que colocássemos uma venda na professora e fornecêssemos diversas informações até que a mesma adivinhe de qual aluno está-se falando. A primeira informação poderia ser que aluno oculto é um menino, o que poderia eliminar metade das possibilidades. A próxima informação é aluno tem pele negra. Mais uma leva de alunos são eliminados da possibilidade. Assim, informação após

informação, vai se aprofundando as possibilidades até que professora identifique seu aluno. Verifica-se que o aluno não estava identificado, mas era identificável mediante a conjugação das informações que se tinha daquela sala de aula. (COTS; OLIVEIRA, 2019, p 71).

No mesmo sentido teórico, afirmam Maldonado e Blum (2019, p. 89) que o Brasil adotou o conceito expansionista de dado pessoal, pelo qual não somente a informação relativa à pessoa diretamente identificada estará protegida pela Lei, mas também aquela informação que possa - tem o potencial de - tomar a pessoa identificável.

Ressalte-se que a LGPD regula tão somente dados pessoais, logo, são dados que representam expressões ou projeções de uma pessoa natural, seja identificada ou identificável.

Para aprofundamento do entendimento sobre os dados tutelados pela LGPD, oportuno analisar o contraponto dos dados pessoais, quais sejam, os dados denominados anônimos e anonimizados (anonymized).

Estes podem ser entendidos como aqueles incapazes de revelar a identidade de uma pessoa. Tal inaptidão pode ser decorrente de um processo pelo qual é quebrado o vínculo entre os dados e seu respectivo titular (anonimização), que pode se valer de técnicas variadas, tais como a supressão, a generalização, a randomização e a pseudoanonimização.

Vale zizar que o processo de anonimização não é infalível de modo a garantir o anonimato perfeito, com total eliminação dos vínculos de identificação de uma base de dados (BIONI, 2019) uma vez que as técnicas capazes de desvincular uma base de dados de seu titular não são aptas a afastar integralmente a identificação, pois há possibilidade de cruzamento de informações e, a partir deste, de apontar o titular.

Em decorrência deste fato, a LGPD adota o critério expansionista para tutela jurídica dos dados pessoais.

3. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO DE PERSONALIDADE DIANTE DA DEFINIÇÃO DE PERFIS E DA TOMADA DE DECISÃO AUTOMATIZADAS

A distinção entre dado pessoal e dado anônimo ou anonimizado possui relevância teórica para a compreensão de seus aspectos distintivos. Contudo, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais adota, como dito, critério expansionista

de proteção para alcançar toda atividade de tratamento de dados que pode repercutir nas projeções da personalidade dos indivíduos.

Dessarte, o alcance normativo da Lei 13.709/2018 na proteção dos dados pessoais como direitos de personalidade independe da distinção dogmática entre dado pessoal e dado anônimo ou anonimizado para contemplar todas as atividades de tratamento de dados, inclusive as que possam definir perfis sociais, trabalhistas, consumeristas, de crédito e demais aspectos da personalidade, através do uso de algoritmos prospectores de dados e diante de decisões automatizadas que promovam lesões individuais.

Para o direcionamento de conteúdo, ou para tomada de uma decisão automatizada em face de uma pessoa, é despiendo saber a identidade desta. Basta lhe atribuir um identificador eletrônico único capaz de diferenciá-lo de milhões de usuários da rede mundial de computadores (v.g., como o número de conexão a ele atribuído - IP -). Ato contínuo reconhece-se o dispositivo conectado, o que permite memorização de logins e senhas de acesso dinâmico às aplicações da web. Logo, é viável compilar um perfil “browsing” – navegação-, ainda sem a certeza sobre o sujeito que pratica a ação. (BIONI, 2019)

Percebe-se que modelo de sociedade atual, em rede, marcada pelo uso de tecnologias, exige, em face da possibilidade de lesões individuais em dimensões exponenciais, um estatuto regulatório do processamento de dados que proporcione real proteção aos indivíduos nas hipóteses de definições de perfis inadequados à realidade e decisões automatizadas que alcancem aspectos da personalidade.

A lei de proteção de dados pessoais brasileira integra um arranjo de governança na medida em que suas normas abraçam todo e qualquer processamento de dados que sujeite o indivíduo ou uma coletividade a uma decisão automatizada, a despeito de o tratamento se centrar em uma informação isolada ou agregada, que descortine a pessoa, desde que impacte no livre desenvolvimento da personalidade. (BIONI, 2019)

O artigo 20 da Lei 13.709/2018 preceitua que o titular de dados tem a prerrogativa de requerer a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que firam seus interesses, inclusive decisões definidoras de seu perfil pessoal, profissional, de consumo, de crédito e outros aspectos da personalidade.

Trata-se do direito de revisão de decisões automatizadas, ou seja, tomadas através de algoritmos que lidam como dados pessoais.

O dispositivo legal possui importância diante do rotineiro uso de algoritmos na realização de classificações, rankings, perfis, segmentação de público alvo e mercado, de modo obscuro. (COTS; OLIVEIRA, 2019)

Assim, é possível concluir que a *mens legis* consiste em tutelar a crescente utilização de algoritmos na realização de julgamentos e avaliações sobre as pessoas, aptas a condicionar o acesso a bens, serviços, direitos ou expectativas de vidas. Para tanto cria-se um procedimento legal para garantir os indivíduos diante de julgamentos automatizados.

A redação original do artigo 20 da LGPD possuía o seguinte texto:

O titular dos dados tem direito a solicitar revisão, por pessoa natural, de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, inclusive de decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

Note-se que a revisão da decisão automatizada era originalmente realizada por pessoa natural. Contudo, com a edição da Medida Provisória nº 869, de 2018, alterou-se a redação daquele dispositivo, retirando-se a determinação da revisão por um ser humano, para possibilitar qualquer forma conveniente ao controlador, desde que clara e adequada. (COTS; OLIVEIRA, 2019)

Desse modo, caso houvesse a manutenção do texto da medida provisória, os controladores poderiam determinar a revisão humana, mas não seria uma obrigatoriedade, facultando-se o uso de qualquer meio, inclusive automatizado. (MALDONADO; BLUM, 2019)

Em 08 de julho de 2019, a Medida Provisória nº 869 foi convolada na Lei 13.853/2019, que manteve a possibilidade da adoção de qualquer meio de revisão, assim como criou-se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

No parágrafo §1º do artigo 20 da LGPD há a determinação de que o controlador deverá fornecer, sempre que demandado, informações adequadas sobre os critérios e procedimentos adotados para a decisão automatizada, resguardados os segredos comercial e industrial.

Deste dispositivo exsurge um questionamento de supina relevância: a LGPD prevê efetivo direito de explicação, diante da proteção do segredo comercial e industrial? Sob a perspectiva ampla de proteção dos dados pessoais, a partir dos princípios previstos no artigo 6º e na regra do § 2º do artigo 20 da referida lei, impõe-se a uma resposta afirmativa, qual seja, há um direito à explicação, sim.

A resposta possui fundamento tendo em vista que o artigo 6º contempla princípios como o livre acesso, qualidade e clareza de dados, transparência de dados, prevenção de danos, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

Por sua vez, o § 2º do artigo 20 prevê que Autoridade Nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Para que cumpra suas finalidades, a Autoridade Nacional demanda autonomia administrativa, financeira e prerrogativas fiscalizatórias. Para tanto, pondera-se que ela deveria possuir natureza de autarquia especial, componente da Administração Pública Indireta, à guisa do que ocorre com as agências reguladoras, pessoas jurídicas com personalidade de direito público, criadas por lei de iniciativa do chefe do executivo, nos termos do artigo 84 da Constituição Federal, para prestar serviços públicos, especificamente, atividade fiscalizatória, dotadas de patrimônio próprio fruto de repasses orçamentários, liberdade administrativa, financeira e poder fiscalizatório.

Adotando-se a condição de autarquia federal, a Autoridade Nacional poderá gozar de prerrogativas próprias decorrentes do regime jurídico de direito administrativo que confere poderes que os particulares não possuem, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre privado, e que garantirão a observância da LGPD.

Contudo, a Autoridade Nacional foi definida como órgão da Administração Pública Direta, pertencente à estrutura da Presidência da República, logo, submetida ao poder administrativo hierárquico do chefe do executivo nacional.

Em síntese, a realização de efeitos concretos na revisão de perfis traçados por algoritmos e das decisões automatizadas possui como condicionante que os dados pessoais sejam considerados projeções da personalidade individual e, ademais, que, na hipótese de existência de segredo comercial ou industrial, a autoridade nacional possua prerrogativas que garantam a execução das funções previstas na LGPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A última década do século passado foi marcada por sensíveis alterações na teoria e prática do direito civil brasileiro. Tais mudanças decorreram de uma

virada interpretativa deste ramo do direito, derivada da análise constitucional, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

A Constituição brasileira vigente foi responsável pela inauguração do Estado Democrático de Direito, que organizou os poderes, distribuiu as funções estatais, estabeleceu limites ao Estado, através da previsão de direitos e garantias fundamentais e garantiu a participação popular nas decisões políticas nacionais.

Outrossim, estabeleceu como com núcleo valorativo, em seu artigo primeiro, o princípio da dignidade humana, fundamento da República, além dos direitos e garantias fundamentais, efetivos limitadores da atuação estatal, inclusive, aplicáveis, através da horizontalização da eficácia, nas relações privadas.

Por meio da Constituição outubrina, a eficácia de suas normas passou a ser real, vinculando os poderes públicos e os particulares, afastando a tradição brasileira de normas constitucionais simbólicas, despidas de efetividade.

A interpretação de todas as normas existentes no ordenamento jurídico passou a ser feita sob a lente constitucional e seus fundamentos, por esta razão, o direito civil vivenciou alterações evidentes em sua dogmática. Apoiado no princípio da dignidade humana e nos direitos fundamentais, o eixo central da tutela civilista passou a ser a valorização da pessoa humana, os direitos de personalidade.

No ambiente social, igualmente, a partir da década de 90, verdadeira revolução tecnológica ocorreu, marcada pelo uso crescente da internet, por programas de fácil acesso, computadores domésticos, ampliação da banda de comunicação e de um número expressivo de processamento de dados. É neste panorama que o tratamento de dados passou a ter potencial de lesar direitos individuais e, como consequência, o surgimento da necessidade de regulação e proteção.

A premissa para a efetiva proteção de dados pessoais é considerar que estes são expressões da personalidade, portanto, verdadeiros direitos de personalidade. Categorizados como tais, indispensável também o advento de regulamentação específica sobre o tratamento de dados.

A Lei 13.709/2018, restou definida como o estatuto legal para a proteção de dados pessoais no Brasil. Esta traz a previsão de regras e princípios que tutelarão os indivíduos diante das potenciais lesões aos direitos de personalidade no tratamento de dados pessoais.

Considera-se que a Lei Geral de Proteção de Dados pessoais brasileira regula qualquer atividade de tratamento de dados pessoais, adotando uma

perspectiva expansionista de proteção, alcançando dados identificados ou identificáveis por meio de algoritmos mineradores.

Além disso, a LGPD traz previsão expressa de regulação na hipótese de decisões tomadas com base em dados tratados, unicamente, de modo automatizado. Cuida-se do artigo 20 da referida lei, que sofreu alteração por medida provisória transformada na Lei Ordinária 13.853/2019.

O dispositivo legal em questão prevê o direito de revisão em decisões tomadas unicamente de modo automatizada que poderá ser feita por qualquer meio admissível, inclusive automatizado. Soma-se a esse dispositivo o § 2º do artigo 20, que excepciona a regra do direito a revisão e explicação quando as informações forem protegidas pelo sigilo comercial e industrial.

Neste ponto reside a aflição científica e teórica desta pesquisa: há na lei, de fato, um direito a revisão e explicação da decisão automatizada na hipótese do sigilo das informações decorrentes do segredo comercial e industrial, de modo a preservar os dados pessoais como direitos de personalidade?

Conclui-se que a resposta é afirmativa tendo em vista a previsão no § 2º do artigo 20 da LGPD, da possibilidade de a Autoridade Nacional realizar auditoria para apurar aspectos discriminatórios em tratamento de dados. Contudo, para que exista efetiva proteção dos dados pessoais, com categoria de direito de personalidade, exige-se que a Autoridade Nacional seja dotada de autonomia administrativa, financeira e poder fiscalizatório, mostrando-se necessário que detenha a natureza de autarquia especial.

A lei 13.853/2019, de 8 de julho de 2019, consolidou as alterações da LGPD realizadas pela Medida Provisória nº 869 de 2018 e criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados como órgão da Administração Pública Federal, integrante da Presidência da República, com a ressalva de que tal natureza é transitória.

Admite a Lei 13.853/2019 a possibilidade de que ANPD possa vir a ter a natureza de autarquia especial, corroborando a hipótese da pesquisa. Na realidade, mostra-se indispensável para a efetiva proteção dos dados pessoais a adoção da natureza jurídica de autarquia especial, para que goze de autonomia administrativa, financeira e prerrogativas que possibilitem real fiscalização dos agentes controladores de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. Bahia. Nº 15. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. – 1. Reimpressão. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-come%C3%A7o-da-hist%C3%B3ria-nova-interpreta%C3%A7%C3%A3o-constitucional-e-o-papel-dos-princ%C3%ADpios-no-direit-1>>. Acesso em: 15 julho de 2019.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 19ª. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Ed JusPodivm, 2018.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no novo código civil**. In. TEPEDINO, Gustavo. (Coord). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 35-59.

_____. **A regulação da criptografia no direito brasileiro**. Org. Danilo Doneda. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; Blum, Renato Opice. **Lei geral de proteção de dados comentada**. Coordenadores. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<https://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil.doc>>. Acesso em: 15 julho de 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. vol único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

A REMIÇÃO DE PENA PELA ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

ANA LUIZA ALMEIDA FERRO⁷⁵²

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2015, com o término da vigência dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM, visando metas setoriais, foi estabelecido o acordo governamental (Resolução A/RES/70/1, da Assembleia Geral das Nações Unidas), sob a liderança da ONU, envolvendo seus 193 Estados-Membros e a sociedade civil, para a elaboração de um plano de ação, denominado Agenda 2030, apresentando 17 Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), dentre aos quais os de número 4, 8 e 16. O Objetivo 4 dita: “Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”. Já o Objetivo 8 ostenta o seguinte conteúdo: “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”. E o Objetivo 16 possui esta formulação: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à Justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.⁷⁵³

A remição de pena, em suas modalidades pelo trabalho, pelo estudo e pela leitura, por suas características no Direito brasileiro, é um instrumento

752. Promotora de Justiça, escritora, poeta e conferencista internacional, professora e Coordenadora da Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (ESMP-MA), Doutora e Mestra em Ciências Penais (UFMG), Pós-doutora em *Derechos Humanos* (Universidad de Salamanca – USAL, Espanha), Membro de Honra da Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica, membro da European Society of International Law (ESIL), da Academia Brasileira de Direito (ABD), da Academia Maranhense de Letras (AML) e de diversas outras instituições culturais, portadora do *Certificate of Proficiency in English* (University of Cambridge, Inglaterra) e do *Diplôme supérieur d'études françaises* (Université de Nancy II). Email: alafferro@uol.com.br

753. Ver NAÇÕES UNIDAS. BRASIL. Agenda 2030. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

que se harmoniza com o propósito da promoção contínua da concretização dos Objetivos 4, 8 e 16. Há de lembrarmos ainda que o direito ao trabalho se encontra insculpido no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como nos artigos 6º e 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sendo considerado um direito humano de segunda geração. Da mesma forma, o direito à educação está abrigado no art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como no art. 13 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sendo igualmente tido como um direito humano de segunda geração.

Este artigo pretende oferecer uma breve visão sobre o instituto da remição de pena pelo trabalho, pelo estudo e pela leitura no Direito brasileiro, à luz dos Direitos Humanos. É um pequeno tributo à trajetória pessoal, profissional e acadêmica do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, uma referência nacional, a ultrapassar nossas fronteiras, na afirmação do princípio da fraternidade, tão relevante em qualquer tempo e, especialmente, em tempos pandêmicos e imediatamente pós-pandêmicos.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A remição é encontrada em distintas legislações penais pelo mundo. O instituto era regulado no art. 100 do Código Penal espanhol de 1973, originando-se no Direito Penal Militar desse país. Foi primeiramente previsto no Decreto nº 281, de 28 de maio de 1937, durante o regime franquista, destinando-se aos prisioneiros da Guerra Civil Espanhola e aos condenados por crimes especiais. A partir de 14 de março de 1939, o benefício foi ampliado para os delitos comuns. Finalmente, a prática foi inserida no Código Penal hispânico de 1944.⁷⁵⁴ Outras modificações ocorreram em 1956 e 1963. Mas o novo Código Penal espanhol (1995) não mais o prevê.⁷⁵⁵

754. Ver STEIN, Diego Klipel; SILVA, Cristina Aparecida Ferreira da; CUNHA, Mirele Natiele da. Remição da pena pela leitura. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62251/remicao-da-pena-pela-leitura>>. Acesso em: 10 ago. 2019; e BUENO ARÚS, Francisco. *La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973. Mimeografado. Disponível em: <<https://eprints.ucm.es/54380/1/5327076589.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2019.

755. Como se dijo, la institución de la redención de penas por el trabajo, desapareció con los nuevos postulados del derecho penitenciario, básicamente consistentes en que el trabajo no puede imponerse, pues es un derecho, con independencia de que sea también un deber desde el punto de vista ético, y, también porque existe un derecho a su libre elección (artículo 35 de la Constitución española). Además, modernamente, el trabajo tiene la consideración de elemento de tratamiento y reinserción social, pues constituye el medio más importante para conseguir la resocialización del condenado. Las penas, pues, hay que cumplirlas en la duración en que se impongan, máxime

O Brasil adotou o instituto em tela por meio da Lei nº 7.210, de 11.07.84, de Execução Penal (LEP), nos artigos 126 a 130, confirmando o pioneirismo de leis mineiras que a precederam na previsão do benefício da remição.

3. CONCEITO, PRINCÍPIOS REGENTES E CARACTERÍSTICAS GERAIS DO INSTITUTO DA REMIÇÃO

O vocábulo “remição” vem de *redimere* (do latim: reparar, compensar), não se confundindo com “remissão”, que corresponde ao ato de perdoar.

Dita o art. 126 da LEP, em seu *caput*: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

Como bem assentam Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, a remição é “um direito do condenado em reduzir pelo trabalho prisional ou pelo estudo o tempo de duração da pena privativa de liberdade”, representando “um meio de abreviar ou extinguir parte da pena”, pelo qual é oferecido ao preso “um estímulo para corrigir-se, abreviando o tempo de cumprimento da sanção para que possa passar ao regime de liberdade condicional ou à liberdade definitiva”⁷⁵⁶, nos termos do estabelecido nos artigos 126 a 129 da LEP. Em tese, cuida-se de um instituto pleno, porquanto “reeduca o delinquente, prepara-o para sua reincorporação à sociedade, proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do penado”⁷⁵⁷.

Dentre os princípios jurídicos aplicáveis à remição, podem ser citados o da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, o da fraternidade, além daqueles relacionados à humanidade das penas, a exemplo dos princípios da

cuando en un régimen democrático resultan más proporcionadas al hecho punible y no pueden tener carácter humillante ni degradante. De ese modo, el trabajo ha desaparecido como medio de obtener beneficios reductores de la pena. Sin embargo, sigue teniendo un papel importante, como factor para obtener beneficios penitenciarios distintos de la reducción de la condena y como nueva clase de pena. FUNDACIÓN WOLTERS KLUWER. Guías jurídicas. Redención de penas por el trabajo. Disponível em: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjSxNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQG-ZapUt-ckhIQaptWmJOCSoAOjxtmjUAAAA=WKE>. Acesso em: 10 ago. 2019.

756. MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Execução penal*: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 567.

757. DIAS, Maria da Graça Morais. A redenção das penas pelo trabalho. Breve notícia de um sistema. *RT* 483/251.

intranscendência das penas, da individualização da pena, da não perpetuação das penas e da proporcionalidade.

Versando a questão do princípio da fraternidade na seara penal, observa Reynaldo Fonseca:

A partir da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, a metodologia [da justiça restaurativa] se consolidou no Brasil como uma das portas de acesso à justiça em seu sentido amplo. O trabalho, o estudo, a arte, a música, etc. devem servir para compensar a pena do preso, viabilizando, assim, a progressão da pena e o cumprimento da pena.

[...]

Em suma, a justiça restaurativa não ignora as exigências de reparação da ordem violada. Até acentua essas exigências na perspectiva dos direitos da vítima e, especialmente, da vida comunitária (danos sociais), restaurando, por fim, os laços fraternos mesmo com o criminoso. A pena humanizada não é, em rigor, violência destinada a dominar quem é punido. A execução da pena não pode inviabilizar a possibilidade de reconciliação. O princípio da fraternidade é viável no Direito Penal e é semente de transformação social.⁷⁵⁸

Para o efeito de remição, não são equivalentes a pena privativa de liberdade e a medida de segurança. Assim lecionam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio: “Não tem direito à remição o agente que está submetido à medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ainda que essa internação possa ser objeto de detração penal, pois o sentenciado não estará cumprindo a pena segundo as regras do regime fechado ou semiaberto, expostas no *caput* do art. 126 da LEP”⁷⁵⁹.

Diversamente, prevê o art. 126, 4º, da LEP, que não perderá o direito à remição o preso que não possa continuar no trabalho ou nos estudos em decorrência de acidente. Isso inclui o acidente verificado quando do deslocamento para o local do trabalho ou do estudo:

Execução penal. Recurso especial. Remição. Direito. Acidente *in itinere*. Equiparação ao acidente a que se refere o art. 126, § 2º da LEP. Lei nº 8.213/91. Aplicação. I – A remição, a teor do disposto no art. 126, § 2º da LEP, pode ser

758. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 148-149, 157.

759. MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 186. Já Rui Alvim adota posição contrária, defendendo a possibilidade de remição da pena nesse caso. ALVIM, Rui Carlos Machado. Execução penal: o direito à remição da pena. *RT* 606/293.

concedida ao preso, mesmo que este não trabalhe, desde que impossibilitado de fazê-lo em razão de acidente. II – O acidente *in itinere*, aquele classificado como sendo o ocorrido no deslocamento para o local de trabalho, autoriza a concessão da remição. Recurso desprovido” (STJ, *Resp* 783247-RS, j. 12.09.06, *DJ* de 30.10.06, p. 395).

Cabe a declaração da remição ao juiz da execução, após ouvida do Ministério Público e da defesa, conforme os artigos 66, III, c, 67 e 126, § 8º, todos da LEP. Destarte, é regida pelo princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Carta Magna) e apenas tem eficácia se reconhecida judicialmente, por sentença.

4. ESPÉCIES DE REMIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

São três as espécies de remição no Direito brasileiro: a) pelo trabalho, insculpida no art. 126, *caput* e § 1º, II, da LEP; b) pelo estudo, prevista no art. 126, *caput* e § 1º, I, da mesma lei; e c) pela leitura, objeto da Recomendação nº 44, de 26.11.13, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual pode ser compreendida como uma modalidade da remição pelo estudo.

Em relação às duas primeiras, especifica o § 1º do art. 126 da LEP que a contagem de tempo será efetuada na seguinte proporção: um dia de pena a cada três dias de exercício laboral (remição pelo trabalho) e um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, referente a “atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional”, distribuídas, no mínimo, em três dias (remição pelo estudo).

O art. 126, § 3º, da LEP autoriza a cumulação das horas diárias de trabalho e de estudo, mediante compatibilização. Explica Damásio de Jesus:

O sentenciado pode trabalhar e estudar, no mesmo dia, sendo as respectivas horas aproveitadas para a contagem da remição pelo trabalho e pelo estudo (art. 126, § 3º). Assim, por exemplo, se o preso trabalhar seis horas durante o dia e estudar, à noite, por quatro horas, em atividade de ensino fundamental, médio, superior etc., a cada três dias conseguirá remir dois de sua pena (um dia de remição pelo estudo e outro pelo trabalho). O juiz das execuções penais deve assegurar para que as horas de trabalho e estudo sejam definidas de modo a se compatibilizarem.⁷⁶⁰

⁷⁶⁰ Ver JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 686.

5. REMIÇÃO PELO TRABALHO

Nos termos do art. 126, *caput*, da LEP, o “condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”. Por conseguinte, não faz jus à remição de pena pelo trabalho o sentenciado no regime aberto ou em livramento condicional, em face da inexistência de permissão legal para a concessão de tal benefício nesses casos. É que, nessas hipóteses, o trabalho configura condição de ingresso e permanência, em consonância, respectivamente, com o disposto nos artigos 114, I, e 132, § 1º, *a*, da LEP.

O trabalho, em princípio, contribui para a ressocialização do apenado, ao afastar o ócio, demandar comprometimento e disciplina e dar um significado ao tempo no cárcere.⁷⁶¹ Em conformidade com o art. 28, *caput*, da LEP, o trabalho do sentenciado, “como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Expõe Renato Marcão: “Todo trabalho pressupõe responsabilidade, organização e disciplina. Para fins de remição não é diferente, já que é preciso incutir tais valores na mente e na rotina do executado, como forma de readaptá-lo à vida ordeira, dentro dos conceitos de uma sociedade produtiva.”⁷⁶²

Determina a Súmula 562 do Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção, j. 24.02.2016, *DJe* 29.02.2016): “É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa, ainda que extramuros.”

O art. 126, § 1º, II, da LEP define que a remição de pena pelo trabalho seja concedida na medida de um dia de pena a cada três dias de atividade laboral regular.

Outro ponto é que não existe vinculação do trabalho do preso ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), segundo regra inserta no § 2º do art. 28.

Não há obrigação de que o preso provisório se submeta ao trabalho enquanto custodiado, em virtude do princípio da presunção de inocência, inculpidado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, pelo qual “ninguém será considerado

761. “A atividade laboral favorece a ressocialização do condenado, evita o ócio e a ‘contaminação’ carcerária. É, ainda, instrumento que possibilita a formação de pecúlio e a diminuição da pena, através do instituto da remição”. LOURENÇO, Heuler Costa. Remição ficta, uma garantia conferida ao condenado a pena privativa de liberdade e obrigação do Estado. p. 5. Disponível em: <<http://www.jladvogadosassociados.com.br/artigo/8.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

762. MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 209.

culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por outro lado, na falta de vedação legal, conforme o teor do art. 31, parágrafo único, da LEP, e considerando a perspectiva de remição, disciplinada a partir do art. 126 do mesmo diploma legal, pode ser de interesse do preso provisório se dedicar ao trabalho no interior do estabelecimento, a fim de fazer jus à diminuição do prazo de execução da pena, em caso de eventual sentença condenatória. Não olvidemos o conteúdo do § 6º do art. 126, que estende a aplicação do prescrito nesse artigo às hipóteses de prisão cautelar, assim entendida a preventiva e a temporária, além da decorrente do flagrante, considerada pré-cautelar, depois da edição da Lei nº 12.403, de 04.05.11.⁷⁶³

Tampouco existe tal obrigação laboral em relação ao preso político, de acordo com o comando do art. 200 da LEP, e ao condenado a cumprir pena de prisão simples, não superior a 15 dias, em harmonia com o disposto no art. 6º, § 2º, do Decreto-lei nº 3.688, de 03.10.41.

É pacífica a compreensão de que o trabalho passível de remição de pena deve ser certo e não ocasional. Recorramos à ementa jurisprudencial *in verbis*:

Para que seja possível a remição da pena pelo trabalho, permitida pelo art. 126 da Lei 7.210/84, não basta o trabalho esporádico, ocasional, do condenado. Deve haver certeza de efetivo trabalho, bem como conhecimento dos dias trabalhados. Exige-se que a atividade seja ordenada, empresarial e, antes de mais nada, remunerada, garantidos ao sentenciado os benefícios da Previdência Social, com o fim de educar o preso, entendendo-se o presídio como verdadeira empresa” (TACRSP, RT 616/323).

Quanto à jornada normal de trabalho, rege-se esta pela norma ínsita no art. 33, *caput*, da LEP, não podendo, portanto, ser inferior a seis horas, nem superior a oito, mas incluindo descanso nos domingos e feriados. É possível horário especial de trabalho no tocante aos ergastulados encarregados dos serviços de conservação e manutenção do estabelecimento prisional, com base na regra inserta no parágrafo único do mesmo dispositivo legal. O mesmo raciocínio vale para o trabalho que venha a ser desempenhado pelo apenado, em domingo ou feriado, por determinação expressa da autoridade competente, em virtude de necessidade do estabelecimento penal ou em acolhimento de solicitação do próprio executado, habilitando-o à remição (RT 631/322; RT 631/298).

763. Ver JESUS. *Código de processo penal anotado*, p. 686.

Há disceptação na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de compensação das horas extraordinárias de serviço. Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira se batem pela sua impossibilidade, argumentando que, se o apenado trabalhar, por exemplo, cinco horas em certo dia, essa jornada, por não preencher o requisito temporal mínimo de seis horas, não é levada em conta para compensação no futuro, da mesma maneira que, se ele laborar por mais de oito horas, expressando o tempo máximo admitido, tal excesso não serve para o fim em causa.⁷⁶⁴ **Já Rui Alvim milita no campo contrário, pugnando pelo deferimento de compensação de horas extraordinárias de trabalho.**⁷⁶⁵

Acreditamos ser o primeiro entendimento mais harmonioso com o texto da LEP e com o propósito de imposição de restrições ao exercício laboral no cárcere. Diferente solução se impõe na hipótese de o sentenciado ser obrigado a serviço em horários extraordinários:

Assim, se, por determinação da autoridade, o preso trabalha em dia de repouso semanal ou mais de oito horas diárias, esse tempo deve ser computado na remição. A recusa ao trabalho é falta grave e compreende-se que o condenado não conteste a ordem de desempenhá-lo além das horas normais ou em dias que seriam de descanso. Não se lhe pode negar o cômputo desse tempo de trabalho, a que foi obrigado pela Administração e a que se submeteu por receio de ser submetido à punição disciplinar. Não se pode computar, porém, o trabalho espontâneo do condenado fora dos horários estabelecidos, seja ele realizado na cela ou fora dela. A simples tolerância da Administração não gera, nessa hipótese, o direito à remição.⁷⁶⁶

O art. 32 da LEP, em seu *caput*, cita critérios a serem considerados na atribuição do trabalho, objetivando a reeducação do executado, que são: a) a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do condenado; e b) as oportunidades propiciadas pelo mercado. Também restringe, no § 1º, a possibilidade de uso do trabalho artesanal sem relevo econômico para fins de

764. COELHO, Sérgio Neves; SILVEIRA, Daniel Prado da. Execução penal: a remição da pena. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 ago. 1985. p. 57. Julio Mirabete e Renato Fabbrini também compartilham dessa opinião: “Essa conclusão impõe-se porque, caso contrário, permitir-se-ia ao condenado trabalhar apenas quando lhe aprouvesse, por quantas horas diárias desejasse, obtendo a remissão (*sic*) com a soma das horas e períodos trabalhados. Além disso, a lei fixa um limite máximo de horas para a jornada de trabalho, que não poderá ser excedido apenas porque o condenado deseja compensar as horas não trabalhadas em dia anterior.” MIRABETE; FABBRINI. *Execução penal*, p. 569.

765. Ver ALVIM. Execução penal: o direito à remição da pena. *RT* 606/289.

766. MIRABETE; FABBRINI. *Execução penal*, p. 569.

remição, à exceção do caso das áreas de turismo. Observemos que essa norma é restritiva, não proibitiva, dirigida ao administrador do presídio. Ademais, diante da falta de condições para a realização de outros tipos de serviço, o trabalho artesanal, feito em obediência à jornada prevista no art. 33, *caput*, da LEP, pode ser admitido.

Já os parágrafos finais do art. 32 concedem condições especiais aos maiores de 60 anos e aos doentes ou deficientes físicos, de modo que os primeiros fazem jus à designação de ocupação apropriada à sua idade e os últimos, à realização de atividades adequadas à sua situação.

Renato Marcão comenta as atividades mais comuns executadas pelos presos no ergástulo e o caso da redação de petições objetivando o deferimento da remição:

Normalmente se cuida de trabalho desenvolvido em parceria com algumas empresas que atuam no ramo da confecção de bolas, cadeiras, mesas. São ainda exemplos de atividades que autorizam a remição, desde que atendidos os requisitos legais: faxina, auxiliar de enfermagem, tarefas burocráticas designadas pela administração do estabelecimento e destinadas à manutenção.

O simples fato de o condenado costumeiramente *elaborar petições* por seus colegas de cárcere, endereçadas ao juízo das execuções criminais, não autoriza a concessão do benefício, não se computando tal atividade para efeito de cálculo de remição da pena, inclusive em razão da total ausência de controle sobre o exercício de tal atividade. Por outro lado, se o trabalho for desempenhado sob a tutela e o controle efetivo da administração, será justo e necessário o cômputo.⁷⁶⁷

O Supremo Tribunal Federal assim já se pronunciou sobre a atividade de elaboração de petições e requerimentos:

Pena – Remição – Cômputo do tempo de trabalho consistente na formalização de requerimentos e petições em favor de colegas de presídio – Admissibilidade desde que implementada a tarefa sob a tutela e direcionamento da Administração. [...] *Habeas corpus*. Execução penal. Remição. Progressão de regime de cumprimento de pena. Detento que formaliza requerimentos e petições em favor de outros presidiários. Tarefa válida, em tese, para fundamentar os benefícios pleiteados, desde que implementada sob administração e supervisão da autoridade (STF, RT 673/375).

767. MARCÃO. *Curso de execução penal*, p. 211.

O controle efetivo da administração é, pois, requisito essencial ao sucesso do pleito de remição. Notemos que o trabalho artesanal não foge à regra: somente é hábil à obtenção da remição quando efetuado sob supervisão da autoridade e com regularidade e devidamente comprovado, como atesta o escólio jurisprudencial adiante transcrito:

Não obstante o brilho da argumentação da minuta de fls. 34/36, subscrita por combativo advogado da FUNAP, não merece reparos a r. decisão de fls. 26, no ponto em que indeferiu a remição referente ao período de 26-5-93 a 28-2-96 (1.002), pleiteada pelo agravante, com base nos informes reproduzidos às fls. 22. O recurso, bem respondido em primeira instância (fls. 42/44), conta com o parecer desfavorável da ilustrada Procuradoria e que merece ser acolhido (fls. 49/50). Assim, vê-se do processo que o agravante, condenado por homicídio doloso à pena de 14 anos e 6 meses de reclusão, cumpriu parte de sua reprimenda carcerária na Cadeia Pública de Araçatuba. Ali, segundo consta dos informes de fls. 3, 13 e 22, laborou na montagem de brinquedos para uma empresa local entre 17-3 e 25-5-93 e depois passou a trabalhar na faxina interna do presídio, durante certo tempo. Tais períodos foram considerados remidos, pela r. sentença recorrida. Esta, contudo, negou a remição do período de 26-5-93 a 28-2-96, por considerar inábil, para comprovar a efetiva prestação de serviços *na confecção de artesanatos (sic) dentro da própria cela*, por constar do informe de fls. 5 não haver *qualquer controle por funcionários desta Unidade Penal*. Verifica-se, portanto, que o recorrente não comprovou de forma hábil que efetivamente laborou, no interior de sua cela comum, na cadeia pública, durante tão largo espaço de tempo, na feitura de artesanatos. E, para fins de remição, como lembra o doutor Damásio E. de Jesus (*Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiva, 1991, p. 915*). *‘Não basta o trabalho esporádico, ocasional. Deve ser trabalho efetivo, bem como conhecimento dos dias trabalhados’* (TJSP RT 616/323). Desse modo, o informe de fls. 5 não basta para comprovar o trabalho ininterrupto, durante cerca de três anos, na confecção de artesanato no interior da cadeia, por dele constar a inexistência de *‘qualquer controle por funcionário desta Unidade Penal’*. Bem a propósito, em caso algo semelhante ao presente (agravo em execução 157.958.3.3), já lembrou esta Colenda Primeira Câmara Criminal v. decisão (*‘Ver. Julgados e Doutrina – Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo’*, vol. 7/40): *‘Documento hábil para instruir pedido de remição de pena é o artesanato oficial emitido por autoridade administrativa informando, dia a dia, sobre o trabalho realizado bem como seu horário, sem o que não se poderá concluir pelo deferimento ou não do número de dias a serem remidos. Se os documentos questionados são imprecisos, vagos e deles não consta a chancela do Diretor da Cadeia Pública, são imprestáveis para instruir pedido de remição’*. Desse modo, tem razão a ilustrada Procuradoria, ao lembrar que *‘a atividade de artesanato não estava sujeita a qualquer controle, conforme atesta o documento de fls. 5’*. Logo, não pode ser considerada para o

fim do art. 129 da Lei de Execução Penal, ante a impossibilidade de comprovação inequívoca do tempo trabalhado. Á vista, pois, do exposto e examinado, nega-se provimento a este agravo (TJSP, Agravo 224.317.3.1/Araçatuba, Presidente e relator Andrade Cavalcanti, j. 14.04.97).

Em qualquer atividade laborativa, como prova, para evitar fraudes, deve ser apresentado um atestado que preencha todos os requisitos legais para o escopo de remição, compreendendo a indicação dos dias efetivamente trabalhados e a menção à existência ou não de faltas. O atestado subscrito pelo diretor de estabelecimento penal cumpre bem tal papel, por exibir plena idoneidade, com presunção *juris tantum*, considerando a validade, até prova em contrário, dos documentos emitidos pela Administração Pública. Destarte, o acolhimento do pleito de remição pressupõe “o cômputo preciso dos dias em que o preso labutou, excluídos os dias do descanso obrigatório e aqueles em que a atividade laborativa foi inferior a seis horas, vedadas compensações”, sendo que esta “exigência objetiva, justamente, evitar a ocorrência de fraudes” (RT 727/526). Eventual dúvida suscitada pelo texto de atestado utilizado como prova para instruir requerimento de remição, no tocante à quantidade de dias trabalhados, deve ser dirimida em favor do executado, porquanto ele não deve ser prejudicado por inexactidões de registro (RJDTACrimSP 2/50; RJTJSP 116/497).

Já declarações ou atestados ideologicamente falsos sobre a prestação de serviço, com o intuito de instruir pleito de remição, configuram o delito de falsidade ideológica, tipificado no art. 299 do Código Penal brasileiro, por expressa disposição do art. 130 da LEP.

6. REMIÇÃO PELO ESTUDO

A remição de pena pelo estudo não era prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Foi introduzida no art. 126 da LEP, *ex vi* de alteração imposta pela Lei nº 12.433, de 29.06.11. Mas já era admitida pela jurisprudência, de que é emblemático o teor da Súmula nº 341 (2007) do Superior Tribunal de Justiça: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”, em interpretação extensiva ou analógica do então art. 126, *caput*, da LEP. Esse entendimento jurisprudencial foi resultado da crescente valorização do estudo na execução da pena, atestada por modificações pontuais na LEP, caso do art. 83, que teve o § 4º acrescentado pela Lei nº 12.245, de 24.05.10, pela qual foi determinada a instalação de “salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico

e profissionalizante”, assim como do art. 18-A, inserido por força da Lei nº 13.163, de 09.09.15, pela qual foi estabelecido que o “ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização”.

A remição pelo estudo é feita na proporção de um dia de pena a cada 12 horas, repartidas, no mínimo, em três dias, de frequência escolar, englobando a atividade de ensino fundamental, médio, incluindo o profissionalizante, superior ou até de requalificação profissional, conforme a dicção do art. 126, § 1º, I, da LEP. Não é necessário que o sentenciado conclua o curso em questão, apenas que o frequente. Entretanto, na hipótese “de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação”, o preso passa a contar com o acréscimo de 1/3 (um terço) no tempo considerado para a remição pelas horas de estudo (art. 126, § 5º, da LEP). Renato Marcão entende que se trata de uma “previsão louvável voltada à ressocialização pelo aprimoramento cultural”⁷⁶⁸. Pensamos, todavia, que constituiria uma solução legislativa mais adequada e realística aos fins de ressocialização e, especificamente, de preparação do interno para as exigências da vida laborativa fora do ergástulo o deferimento da remição de pena pelo estudo apenas quando alcançado o objetivo maior de conclusão do curso frequentado, mediante o preenchimento de seus requisitos de avaliação e assiduidade.

O § 2º autoriza o desenvolvimento das atividades de estudo seja na modalidade presencial, seja por metodologia de ensino a distância, devendo ser certificadas pelas autoridades educacionais correspondentes aos cursos objeto de frequência.

Como já frisado, fazem jus à remição pelo estudo, em princípio, somente os presos em regime fechado ou semiaberto, nos termos do *caput* do art. 126 da LEP. Mas este não é um rol taxativo. Pela norma extensiva inscupida no § 6º, o sentenciado em regime aberto ou semiaberto e aquele em livramento condicional “poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º” do art. 126. Conquanto respeitando a disposição legal, cremos não ser uma boa medida de política criminal a extensão do benefício da remição pelo estudo aos presos em regime aberto e em livramento condicional, uma vez que estas situações já propiciam

768. *Ibidem*, p. 213.

suficientes incentivos ressocializadores ao condenado, além de apresentar uma solução distinta em relação ao exercício de atividade laborativa, para a qual não é possível a remição de pena. Já no caso do preso cautelar, andou bem o legislador, no § 7º, ao lhe permitir usufruir o benefício da remição pelo estudo, na hipótese de condenação.

7. REMIÇÃO PELA LEITURA

Embora ainda não seja prevista na LEP, a remição pela leitura encontra fundamento na Portaria Conjunta nº 276, de 20.06.12 (DOU, de 22.06.12, nº 120, Seção 1, p. 25), do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional, tratando da possibilidade de aplicação dessa espécie de remição no caso das penitenciárias federais, em realização do Projeto Remição pela Leitura, bem como na Recomendação nº 44/2013, do CNJ, esta levando à implementação desse instituto também no âmbito estadual, mediante a expedição de portarias específicas pelos Tribunais dos Estados, em consagração da adoção da interpretação extensiva ou da analogia *in bonam partem*, isto é, em benefício do sentenciado.

A remição pela leitura emergiu no cenário nacional por meio da pioneira Lei nº 17.392/2012, do Paraná, como maneira de complementação da remição pelo estudo, recém-introduzida no corpo da LEP. O Estado de São Paulo seguiu pela mesma trilha, via edição de portaria de regulamentação e disposição dessa forma de remição em 2013, antes da edição da Recomendação nº 44/2013, do CNJ.

Renato Marcão aponta as vantagens da remição pela leitura:

O aprimoramento cultural proporcionado pela leitura amplia horizontes antes limitados pela ignorância; permite amearhar estímulos positivos no enfrentamento ao ócio da criatividade; combate a anemia aniquiladora de vibrações e iniciativas virtuosas; e disponibiliza, como consequência natural de seu acervo, acesso à felicidade que decorre de novas perspectivas atreladas a realizações antes não imaginadas.⁷⁶⁹

O instituto, no entanto, não é uma unanimidade na doutrina, padecendo de críticas de inconstitucionalidade, por suposta violação aos princípios da legalidade e da isonomia, banalização da leitura,⁷⁷⁰ dentre outras.

769. *Ibidem*, p. 214.

770. Ver STEIN; SILVA; CUNHA. Remição da pena pela leitura. Jus.com.br. Disponível em: <<https://>

Digno de nota é o teor da decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 312.486/SP-2014/0339078-1, tendo como relator o Ministro Sebastião Reis Júnior:

EMENTA *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. ART. 126 DA LEP. PORTARIA CONJUNTA N. 276/2012, DO DEPEN/MJ E DO CJF. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. [...]

2. A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006).

3. O estudo está estreitamente ligado à leitura e à produção de textos, atividades que exigem dos indivíduos a participação efetiva enquanto sujeitos ativos desse processo, levando-os à construção do conhecimento. A leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima. Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal.

4. Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se no presente caso, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade.

5. Com olhos postos nesse entendimento, foram editadas a Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como a Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. [...] (STJ, HC 312.486-SP-2014/0339078-1).

8. QUESTÕES POLÊMICAS

A primeira questão polêmica a ser considerada foi resolvida pelo advento da Lei nº 12.433/2011. Havia divergência sobre o caminho a ser trilhado para o escopo de abatimento dos dias remidos, centrada em dois posicionamentos. Pelo primeiro, a compreensão era de que o tempo remido deveria ser acrescido ao tempo de pena cumprida, o qual era mais favorável ao condenado; pelo segundo, a conclusão era de que o tempo remido deveria ser abatido da pena aplicada em sua totalidade, o qual, conquanto fosse menos benéfico ao executado, era preferido

jus.com.br/artigos/62251/remicao-da-pena-pela-leitura>. Acesso em: 10 ago. 2019.

pela prática judiciária, particularmente na primeira instância, daí resultando a proliferação de recursos, que não vingavam no STJ. Finalmente, a lei mencionada deu nova redação ao art. 128 da LEP, fazendo triunfar a primeira posição: “O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos.”

A segunda questão que enseja entendimentos dissonantes é a da possibilidade ou não de concessão de remição a presos que não puderam trabalhar ou estudar, em razão da falta de condições para o trabalho no estabelecimento penal.

Para uma parcela da doutrina, deve haver o deferimento da remição ao apenado que não trabalhou ou estudou, porém estando disposto a tal, exatamente sob a alegação de ele não pode ser prejudicado pela carência de estrutura apropriada para a atividade laborativa ou estudantil no cárcere, culpando-se o Estado, na verdade a sociedade, por tal realidade. Julio Mirabete e Renato Fabbrini sintetizam essa corrente doutrinária nestes termos:

Constitui a execução do trabalho um dever do condenado, mas como deve ser ele valorizado como ‘direito social’ (art. 6º, da CF), dispõe a Lei de Execução Penal que constitui direito do preso a “atribuição de trabalho e sua remuneração” (art. 41, II, da LEP). Há, assim, uma relação de direitos e deveres entre o Estado e o condenado em virtude da qual a Administração está obrigada a possibilitar o trabalho ao preso e a este compete desempenhar a atividade laborativa. Afirma-se, por isso, que, não se desincumbindo o Estado de seu dever de atribuir trabalho ao condenado, poderá este beneficiar-se com a remição mesmo sem o desempenho da atividade. Não cabendo ao sentenciado a responsabilidade por estar ocioso, não pode ser privado do benefício por falha da administração. Comprovando o preso em regime fechado ou semiaberto que estava disposto ao trabalho mas que não foi atendido pela Administração, por falta de condições materiais ou por desídia do responsável pela omissão, não há como negar o direito à remição pelos dias em que o condenado deveria ter desempenhado seu labor.⁷⁷¹

Dentre os representantes dessa posição, figuram Maurício Kuehne⁷⁷², Rui Carlos Machado Alvim⁷⁷³ e Heuler Costa Lourenço⁷⁷⁴.

771. MIRABETE; FABBRINI. *Execução penal*, p. 579.

772. KUEHNE, Maurício. O instituto da remição na Lei de Execução Penal. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 1º set. 1985. p. 60.

773. ALVIM. Execução penal: o direito à remição da pena. *RT* 606/290-291.

774. “Ademais, o exercício de trabalho pelo preso é imposição da Lei de Execução Penal e obrigação do sentenciado. Logo, a ilegalidade por omissão engendrada pelo Estado, ao deixar de construir estabelecimentos prisionais adequados aos parâmetros normativos, não pode obstar o acesso a referido benefício, mesmo se observado o princípio da legalidade, pois tal norteador do direito moderno tem que ser observado em primeiro lugar por quem avocou para si o *ius puniendi*. A partir daí será lícito exigir sua aplicabilidade em desproveito dos apenados. No entanto, em razão

Mas o entendimento doutrinário majoritário, expresso por autores como Renato Marcão, com forte apoio jurisprudencial, inclusive do STF, pugna pela impossibilidade de concessão da remição ante a ausência, por exemplo, de condições para a atividade laboral no ergástulo, por considerar ser o trabalho imposição da lei e dever do condenado, sem a correspondente obrigação do Estado em fornecer-lhe a estrutura para tal, de sorte que seria inexistente a chamada remição virtual ou ficta, a qual Renato Marcão define como “aquela concedida sem que o executado tenha de fato e comprovadamente trabalhado, conforme a carga horária exigida, fundamentada na ausência de oferecimento de condições para o trabalho por parte do Estado”.⁷⁷⁵ Julio Mirabete e Renato Fabbrini, conquanto em tom crítico, elencam os motivos esgrimidos pela corrente majoritária:

Não é essa, porém, a orientação de nossos tribunais, que consideram o trabalho prisional apenas como dever do preso, por disposição da lei, em consequência da execução da pena privativa de liberdade, sem o correlato dever do Estado em sua atribuição ao condenado. Argumenta-se que não é possível a remição, na hipótese questionada, por três motivos: a) a concessão do benefício igualaria o preso que trabalha e o que não trabalha; b) a remição só é possível diante do registro mensal do[s] dias de trabalho de cada condenado; c) a falta ao trabalho já é reconhecida como falta grave. Entretanto, em primeiro lugar, um dos direitos do preso é justamente a ‘igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena’ (art. 41, XII). Assim, a atribuição do trabalho a um condenado, em detrimento de outro, viola a lei. Tratamento igualitário somente existe quando se atribui trabalho a todos os presos ou, se se isto não ocorrer, quando se concede a todos a remição. Também se diga que, embora a prova dos dias trabalhados se faça ordinariamente pelo registro mensal, nada impede a comprovação por outros meios idôneos, não havendo dispositivo expresso que faça depender exclusivamente do registro mensal, o benefício da remição. Ninguém negaria, aliás, a remição mesmo na ausência de registro por desídia ou falta de condições materiais da Administração no caso de prova outra da atividade laboral do condenado. Por fim, o fato de a recusa ao trabalho constituir falta grave não significa que àquele que não trabalha por motivos independentes de sua vontade não possa ver reconhecido o benefício.⁷⁷⁶

do fracassado sistema público prisional brasileiro, arrisca-se a afirmar que, a exemplo de vários países europeus, a saída estaria na iniciativa privada.” LOURENÇO. Remição ficta, uma garantia conferida ao condenado a pena privativa de liberdade e obrigação do Estado, p. 4.

775. MARCÃO. *Curso de execução penal*, p. 216.

776. MIRABETE; FABBRINI. *Execução penal*, p. 580.

Não obstante os posicionamentos em contrário, julgamos que o trabalho e o estudo na prisão são resultados da execução da pena, não podendo o preso ser beneficiado com a remição se não trabalhou ou estudou para tal, por falta de disposição sua ou deficiência do Estado, pouco importando, já que tal representaria a desfiguração dos fins ressocializadores do instituto e importaria desrespeito ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput* e I, da CF), à medida que o exercício laboral ou estudantil de um preso fosse igualado, para a finalidade de remição, ao tempo ocioso de outro. Lembremos o princípio: *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*, ou seja, “a ninguém é dado se beneficiar com a própria torpeza”. Afinal, foi o encarcerado que se colocou nessa posição desvantajosa, em primeiro lugar, ao ser condenado por um ilícito penal, é ele quem possui uma dívida a ser paga à sociedade, devendo “arcar com todas as consequências de sua conduta delinquencial”, no limite do respeito à dignidade da pessoa humana, mesmo aquelas relacionadas a “eventuais falhas e lacunas da estrutura penitenciária atual” (TJSP, Ag. 187.892/3, **3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Gonçalves Nogueira**).

O Pretório Excelso já fez pender claramente a balança em favor da segunda corrente:

O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador, razão por que não existe a denominada remição ficta ou virtual. Por falta de previsão legal, não há direito subjetivo ao crédito de potenciais dias de trabalho ou estudo em razão da inexistência de meios para o desempenho de atividades laborativas ou pedagógicas no estabelecimento prisional (STF, RHC 124.775/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.11.14, *DJe* n. 250, de 19.12.14).⁷⁷⁷

Outra questão alvo de controvérsia era a da possibilidade ou não de perda dos dias remidos em face do cometimento, pelo sentenciado, de falta grave. O art. 127 da LEP tinha este conteúdo: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.” Na época, havia divergência doutrinária e jurisprudencial sobre se era possível ou não a perda integral desse tempo remido. Após reiteradas decisões no sentido da afirmação de que o condenado

⁷⁷⁷ Também o STJ já se pronunciou nesse sentido: RHC 39.710/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 11.06.2015, *DJe* 17.06.15; HC 261.514/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 19.08.14, *DJe* 01.09.14, dentre outros acórdãos.

não possui direito adquirido ao tempo remido, o STF proclamou a Súmula Vinculante nº 9: “O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58.”

Já a redação atual do art. 127, *ex vi* da Lei nº 12.433/2011, é a seguinte: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.” O art. 57 da LEP, por seu turno, determina que, na aplicação das sanções disciplinares, serão considerados “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

No Direito espanhol, modelo para a LEP, a remição (*redención*) de penas era disciplinada no art. 100 do Código Penal de 1973 e nos artigos 65 a 73 do Regulamento de los Servicios de Prisiones de 02.02.56, posteriormente alterado. Perdia o direito à remição futura de penas o preso que tentasse fugir e tivesse, reiteradamente, má conduta no curso do cumprimento da sentença. O instituto não foi acolhido pelo Código Penal vigente.

Já no Direito brasileiro, subsiste a possibilidade de remição da pena, contudo, indubitavelmente, a revogação agora só é possível de parcela do tempo remido, em decorrência da prática de falta grave (esta objeto dos artigos 50 e 52 da LEP). A perda parcial dos dias remidos não macula o direito adquirido ou a coisa julgada, nem tampouco desrespeita os princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena, e a remição pode ser revogada em virtude da cláusula *rebus sic stantibus* (expressando “retornar as coisas como eram antes”), salvo na hipótese de já haver sido declarada a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, consoante patenteiam Renato Marcão⁷⁷⁸ e Julio Mirabete e Renato Fabbrini⁷⁷⁹.

Por outro lado, Odir Odilon Pinto da Silva e José Antonio Paganella Boschi defendiam, ao invés, que a perda dos dias remidos violaria a Carta Magna,

778. “Segundo nosso entendimento, a perda dos dias remidos não viola direito adquirido ou coisa julgada.” MARCÃO. *Curso de execução penal*, p. 217.

779. “Nos termos em que é regulada a remição, a inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. Praticando falta grave, o condenado deixa de ter o direito integral à remição, assim como, por exemplo, se revoga o *sursis* ou o livramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova. Assim, o abatimento da pena em face de remição não se constitui em direito adquirido protegido por mandamento constitucional e é condicional, ou seja, pode ser revogado na hipótese de falta grave, sem que se possa falar em ofensa à coisa julgada.” MIRABETE; FABBRINI. *Execução penal*, p. 590.

que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁷⁸⁰ Na mesma linha, André Gustavo Isola Fonseca e outros sustentavam que a declaração judicial da remição de pena pelo exercício laboral no cárcere não se submeteria aos efeitos modificativos da cláusula *rebus sic stantibus*.⁷⁸¹ Esta posição não vingou, sendo que a disceptação foi dirimida pela aludida Súmula Vinculante nº 9, que permanece válida, especificamente quanto à declaração da constitucionalidade da perda da remição já obtida, a despeito de ser anterior à modificação promovida pela Lei nº 12.433/2011 no texto do art. 127 da LEP. Vale mencionarmos, por derradeiro, as seguintes ementas da lavra do Pretório Excelso:

Habeas corpus. Execução penal. Falta grave. Perda dos direitos remidos. O Pleno do Supremo Tribunal Federal reafirmou recentemente, no julgamento do RE n. 452.994, que o cometimento de falta grave resulta na perda dos dias remidos pelo trabalho, sem que isso implique ofensa aos princípios da isonomia, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Ordem denegada (STF, HC 91084-SP, j. 17.04.07, *DJe* 11.05.07).

Agravo regimental. Lei de Execução Penal, artigos 127 e 58. Falta grave. Perda dos dias remidos. Ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Inocorrência. É pacífico o entendimento de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que o cometimento de falta grave pelo preso durante o cumprimento da pena implica a perda dos dias remidos, sem que isso caracterize ofensa ao princípio da individualização da pena e ao direito adquirido. A remição da pena constitui mera expectativa de direito, exigindo-se ainda a observância da disciplina pelos internos [...] (STF, AI 580259 AgR-RS, j. 25.09.07, *DJe* 26.10.07).

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho e a educação se inserem, indubitavelmente, no rol dos direitos humanos, mas não são direitos absolutos no contexto mundial ou local. Tampouco a remição de pena, seja pelo trabalho, seja pelo estudo ou pela leitura, a qual não figura no rol dos direitos humanos, é um direito absoluto no Direito brasileiro. Mais do que um alegado direito (ainda assim, relativo),

780. SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antonio Paganella. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1986. p. 130.

781. FONSECA, André Gustavo Isola *et al.* Considerações acerca da perda da remição prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 94, out./dez. 1998.

alicerçado no art. 41, II, da LEP (referindo-se à “atribuição de trabalho” e não propriamente ao trabalho como direito do preso), que não pode se sobrepor ao direito de igualdade de tratamento (art. 41, XII, da LEP), o trabalho do apenado, no caso do Brasil, é um dever, sob pena de cometimento de falta grave, para cujo cumprimento, todavia, há necessidade de estrutura no estabelecimento prisional. Daí as razões pelas quais pensamos não ser admissível a denominada remição ficta.

De qualquer maneira, é inegável que a remição de pena é um instrumento relevante para assegurar ao preso o exercício dos direitos humanos ao trabalho e à educação, numa linha de reverência ao princípio da fraternidade, dentro das limitações impostas pelas circunstâncias do sentenciado e do estabelecimento penal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Rui Carlos Machado. Execução penal: o direito à remição da pena. **RT** 606/286-294.

BUENO ARÚS, Francisco. *La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1973. 322 f. Mimeografado. Disponível em: <<https://eprints.ucm.es/54380/1/5327076589.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2019.

COELHO, Sérgio Neves; SILVEIRA, Daniel Prado da. Execução penal: a remição da pena. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 11 ago. 1985. p. 57.

DIAS, Maria da Graça Morais. A redenção das penas pelo trabalho. Breve notícia de um sistema. **RT** 483/250-256.

FONSECA, André Gustavo Isola *et al.* Considerações acerca da perda da remição prevista no art. 127 da Lei de Execuções Penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 93-98, out./dez. 1998.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FUNDACIÓN WOLTERS KLUWER. Guías jurídicas. Redención de penas por el trabajo. Disponível em: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSBf1jTAAAUjSxNjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAojxtmjUAAAA=WKE>. Acesso em: 10 ago. 2019.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KUEHNE, Maurício. O instituto da remição na Lei de Execução Penal. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 1º set. 1985. p. 60.

LOURENÇO, Heuler Costa. Remição ficta, uma garantia conferida ao condenado a pena privativa de liberdade e obrigação do Estado. Disponível em: <<http://www.jladvogadosassociados.com.br/artigo/8.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NAÇÕES UNIDAS. BRASIL. Agenda 2030. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STEIN, Diego Klipel; SILVA, Cristina Aparecida Ferreira da; CUNHA, Mirele Natiele da. Remição da pena pela leitura. Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62251/remicao-da-pena-pela-leitura>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE: ATROZ VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE⁷⁸²
MARLI MARLENE MORAES DA COSTA⁷⁸³

1. INTRODUÇÃO

Sombras

*O assassinato de crianças,
bem como todas as formas inimagináveis de violência,
devem despertar em todos nós
a mais séria e responsável repulsa.
Sim, pois é repugnante um ser que
provoca dor no outro,*

782. Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC, com pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente. Em estágio de pós-doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, sob a supervisão do Prof. Dr. Airton Cerqueira-Leite Seelaender. Dezenas de obras, capítulos de livros e artigo que versem sobre o Direito da Criança e do Adolescente. Acadêmica da Cadeira n. 1, da Academia de Letras de Biguaçu/SC. E-mail: jpetryve@uol.com.br

783. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com pós-doutoramento em Direito pela Universidade de Burgos - Espanha, com bolsa CAPES. Professora da Graduação e da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas do PPGD da UNISC. Especialista em Direito Privado. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Membro do Conselho Consultivo da Rede de Pesquisa em Direitos Humanos e Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Pesquisas Migrações Internacionais e Pesquisa na Região Sul do Brasil - MIPESUL. Integrante do Grupo de Trabalho em Apoio a Refugiados e Imigrantes (GTARI/UNISC). Membro do Conselho Editorial de inúmeras revistas qualificadas no Brasil e no exterior. Autora de livros e artigos em revistas especializadas. E-mail: marlim@unisc

*seja a física, psíquica, moral.
Quando um ser viola um outro,
não se trata de uma agressão isolada,
individualizada,
toda a humanidade é atingida, maculada,
pois cada um de nós chora
a lágrima do outro.
Sim, a violência nos corrói,
faz com que nos percamos,
perdemos o que nos caracteriza,
anulamos nossa humanidade.
(Josiane Rose Petry Veronese)⁷⁸⁴*

O Direito, juntamente a Psicologia e outras ciências humanas, vem se preocupando e refletindo sobre o papel da família no desenvolvimento, criação e educação de seus filhos, as vivências experimentadas dentro do ambiente familiar no decorrer de sua infância e adolescência e o que isso representará no seu futuro.

A amplitude e a complexidade do fenômeno da violência doméstica contra a criança e o adolescente demandam uma análise e, também, um trabalho deveras complexo que, segundo a nossa perspectiva, ultrapassa os simples limites deste artigo⁷⁸⁵. Porém, o que se pretende neste momento, é propiciar uma reflexão sobre o tema, procurando inserir o debate jurídico e psicossocial sobre a violência doméstica, a fim de demonstrar as dificuldades que se têm em lidar com a face fria da violência, em suas múltiplas formas. Esta análise não pode prescindir de conceitos elaborados pela Psicologia Social, a qual percebe o sujeito como resultado de um processo de internalização do mundo social, com suas normas, valores e crenças, que são assimilados num primeiro momento, no grupo familiar o que lhe possibilitará, num segundo momento, participar de outros grupos sociais e interagir com os mesmos.

Deste modo, objetiva-se abrir a *caixa de Pandora* e refletir sobre a violência cometida contra a criança e o adolescente dentro do ambiente familiar, demonstrar que a família pode em determinados momentos e circunstâncias, infelizmente, constituir-se como nefasta à integridade física, moral, espiritual e psicológica de uma criança ou adolescente, causando-lhes possíveis danos na sua formação, no desenvolvimento de sua personalidade.

784. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Tocata de uma alma*: poemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13.

785. Os argumentos apresentados neste estudo podem ser melhor aprofundados na obra escrita em co-autoria com COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica*: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006, p. 98.

A violência provoca marcas no indivíduo agredido, obrigado a conviver com suas chagas, e, frequentemente, suscita o desencadeamento de vários sintomas que acabam prejudicando seu ser e estar no mundo.

2. UMA BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA REALIDADE BRASILEIRA

*Childfree (?)
É possível imaginar
uma sociedade que se situe como sã
se exclui a criança?
Hotéis, restaurantes, igrejas childfree?
É mais do que uma situação
antagônica ou triste.
É algo mais complexo
e revelador da mais absoluta crise,
de uma monstruosidade sem precedentes.
Quando negamos a presença da criança
passamos a negar a criatividade,
a luz,
a sensibilidade.
Nos constituímos humanos em proteger.
O afastamento,
no lugar da acolhida,
a exclusão, no lugar do abraço
é revelador de uma insanidade social.
A vida clama pela presença,
a vida intercede pelos pequenos,
a vida se edifica com o sonho,
os brinquedos,
as fantasias.
O sentido da vida
passa pelo sentido do acolhimento.
(Josiane Rose Petry Veronese)⁷⁸⁶*

A história brasileira da criança e do adolescente, vítimas da violência registrada, gera uma discussão que não tem caráter recente, mas remonta aos séculos XVII e XVIII, no Brasil Colônia e Brasil Império, reconhecendo a marginalização e a resistência nas quais são submetidas, considerando a violência como uma forma desestruturadora das relações sociais.

786. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Partitura em poemas*. Florianópolis: Emais Editora, 2018, p. 132.

Chaves, citado por Guerra, refere que os “diferentes relatos dos padres em diferentes capitâneas comprovam que os índios não se utilizavam de castigos físicos para o disciplinamento dos filhos”.⁷⁸⁷ Segundo as falas do Padre Luís da Grã, também citado por Guerra, “os índios do Brasil nunca batem nos filhos por nenhuma coisa [...] não tem pai que açoite o filho e falar alto e de forma ríspida, a criança sente muito mais do que lhe bater”.⁷⁸⁸

A ideia de aplicação de castigos físicos e ameaças contra a criança, inserida no sistema educacional, foi introduzida no Brasil colonial pelos primeiros padres jesuítas da Companhia de Jesus em 1549, sendo reservado àqueles que faltavam à escola jesuítica, as palmatórias e o tronco. Para os jesuítas, o mimo deveria ser repudiado, os vícios e pecados deveriam ser combatidos com açoites e castigos, e, neste cenário, os espancamentos tinham como objetivo ensinar às crianças que a obediência aos pais era a única forma de escapar da punição divina. A reação indígena em relação a prática de espancamentos e castigos contra a crianças era de indignação e muitos abandonavam os estudos da doutrina cristã de forma permanente⁷⁸⁹.

Nessa época era muito comum a violência sob o manto da escravidão, principalmente quando caracterizada pela violência sofrida por crianças e adolescentes escravos, que passavam pelos mais terríveis castigos físicos e por serviços sexuais (crueldades sexuais) como estupros perpetrados por rapazes brancos⁷⁹⁰.

Ao passarmos do Brasil Colônia ao Brasil Império e, posteriormente, ao Brasil República, observamos que as crianças e adolescentes, brancas, negras, ricas, pobres, do sexo feminino ou masculino, haviam sido disciplinadas por práticas que incluíam qualquer forma de violência, sendo que esse disciplinamento deve ser tomado como sinônimo de educação frente as leis do adulto⁷⁹¹.

O exercício da violência surgiu no Brasil, como em qualquer parte do mundo, como se fosse um instrumento de educação e submissão dos filhos aos pais. Essa violência institucionalizada no lar vem permeando a história das crianças e dos adolescentes na sociedade brasileira, por meio de diferentes práticas,

787. GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 76.

788. Idem, p. 76.

789. Idem, p. 78.

790. ROURE, Glacy Q. de. *Vidas silenciadas: a violência com crianças e adolescentes*. Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp, 1996.

791. SANTOS, Hélio de Oliveira. *Crianças espancadas*. Campinas: Papirus, 1998.

culminando, na maioria das vezes, na repressão e no seu silenciamento, sob o aval normativo.

Observamos, pois, que a sociedade legitimava essa prática, pois só em 1927, com o advento do Código de Menores, que a matéria dos castigos físicos fora disciplinada, sendo que o Código Civil de 1916 determinava que havia uma possibilidade de perda do *pátrio poder*⁷⁹², nos casos de castigo imoderado. De igual modo o Código Penal de 1940 (ainda em vigor) considerava que a correção, ainda que violenta, era lícita e que somente os castigos imoderados eram considerados crimes.

Ainda hoje a prática da violência encontra-se presente na figura do educador que ainda pune, do Estado que ignora, do exterminador que mata, como, também, nas figuras dos pais que agridem física, moral, espiritual e psicologicamente seus filhos, violando, portanto, seus direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal de 1988; na Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela Resolução n.º 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 1990.⁷⁹³

O exercício da violência revela a necessidade de analisarmos a configuração do poder na família, a imagem da criança em seu seio, de acordo com as conjunturas históricas de diferentes épocas, para que assim se possa compreender os vários momentos desta violência, bem como as sérias consequências que a mesma poderá ocasionar na vida das crianças e dos adolescentes.

Devemos ter presente que a violência cometida contra a criança e o adolescente deve ser considerada como negação dos valores universais tais como: a liberdade, a igualdade, o respeito, a dignidade presente e indissociável de cada ser humano. A violência apresenta-se como uma manifestação de sujeição e coisificação do ser humano, atentando contra a construção de uma sociedade de pessoas livres, inteiras, amorosas e felizes.

3. A FAMÍLIA EM SUBSTÂNCIA: ENTIDADE DE AFETO

Infância

De olhar triste e perdido

Caminha pela multidão

À procura do teto que lhe foi roubado

792. Segundo a linguagem da época, hoje trata-se do instituto do “poder familiar”.

793. Cf. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Convenção sobre os Direitos da Criança* – 30 anos. Salvador: Juspodivm Editora, 2019.

*do alimento negado
do brilho alegre
que não lhe deixaram ter.
A solidão é a companhia comum...
Não é mais menino
À identidade de criança não tivera direito.
Sem lar
Sem afeto
Sem nome
Caminha só... jogado à sorte
nas calçadas
nos becos.
Tudo lhe foi negado
Mas ele é menino
Menino na idade
Menino nas fantasias do coração.
(Josiane Rose Petry Veronese)⁷⁹⁴*

A família é, inegavelmente, a mais antiga das instituições humanas e constitui um elemento-chave para a compreensão e funcionamento da sociedade. O conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre sinalizando que tem fins específicos. Não há uma relação precisa de finalidades da família, porém, constata-se que há três finalidades prioritárias desta organização: formar pessoas, educá-las e prepará-las para participar da vida em sociedade.⁷⁹⁵

Diante do que até aqui discorremos, surge uma interrogação: se a família tem estas importantes finalidades, como é possível que nossa sociedade esteja em crise e, que entre todos os problemas sociais, morais, econômicos e políticos, ainda possamos observar o qual é o mais grave entre eles: a violação da dignidade dos direitos das pessoas, em especial dos direitos da criança e do adolescente. Em nosso país, o fenômeno da violência doméstica está presente em todas as idades e sexos, níveis culturais, crenças e posições econômicas e estes fatores nos levam a uma profunda reflexão sobre o país que estamos construindo e qual é a nossa responsabilidade enquanto juristas, no que se refere a esta questão.⁷⁹⁶

794. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Olhos verdes*. Curitiba: Multideia editora, 2014, p. 139.

795. GUERRA, Viviane N. Azevedo. *Violência de pais contra filhos: procuram-se vítimas*. São Paulo, Cortez, 1988.

796. COSTA, Marli Marlene Moraes da. O papel da família e da comunidade no desenvolvimento de políticas públicas de proteção à infância no Brasil. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 591 e ss.

Já houve épocas em que esse tipo de violência era considerado um assunto de interesse privado, que só competia a própria família resolver. Atualmente, como resultado de todo um esforço que resultou nas convenções internacionais e conferências sobre direitos humanos e específicos na área do Direito da Criança e do Adolescente, a violência doméstica não está mais confinada à esfera privada. Passou a ser, então, uma questão pública que se estende pelas academias, pelos sindicatos, pelos partidos políticos, pelas organizações de base, pelos movimentos urbanos e está incluída na política de Estado. Estamos experienciando uma fase em que há uma maior exigência do comprometimento, inclusive de uma política do poder público municipal para estruturação, assim como de apoio técnico e financeiro sobre a questão.

Não resta dúvida que a violência doméstica afeta os direitos humanos, a liberdade pessoal, a convivência familiar, a saúde física e psíquica do indivíduo. A falta de afeto saudável dos entes familiares incide no desenvolvimento emocional da criança e do adolescente e é fator contribuinte para ocorrência de uma série de consequências no ser humano, desde a incapacidade, a impotência para o enfrentamento de situações do cotidiano, até a agressão, as conhecidas práticas inadequadas. Distúrbios estes que se caracterizam principalmente por atitudes de extrema violência, as quais encobrem sentimentos vinculados à recuperação dos objetos amorosos perdidos, bem como uma intensa necessidade de punição pela culpa gerada pela agressão voltada, em fantasia, aos pais.⁷⁹⁷

4. A IMPORTÂNCIA DO REFERENCIAL FAMILIAR NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*Quando se é criança
Quando se é criança tudo é mais leve,
ou pelo menos,
deveria ser mais leve.
O olhar é puro,
as bagunças são terríveis,
as gargalhadas incontroláveis.
Por isso me dói na alma
A criança negada
A criança violada*

797. SATTLER, Marli Kath. De quem é a responsabilidade na violência intrafamiliar. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 7, p. 1-23, set. 1997.

*A criança infeliz.
Violência e infância são palavras
que jamais poderiam estar juntas.
Uma é a negação da outra.
A violência aniquila a infância,
A infância é negada pela violência.
Criança e amor
Criança e brincadeiras
Criança e alegrias
Criança e estudos
Esses são os verdadeiros binômios
para a realização do ser criança
Criança feliz
Tão só e plenamente: criança.
(Josiane Rose Petry Veronese)⁷⁹⁸*

Reconhece-se que a Psicologia Social, uma das áreas de conhecimento da Psicologia, procura aprofundar o conhecimento da natureza social do fenômeno psíquico do indivíduo, trabalha com a subjetividade humana, isto é, com o mundo interno que possuímos e suas expressões que são construídas nas relações sociais, ou seja, surge do contato entre os seres e destes com a natureza.⁷⁹⁹

Segundo esta perspectiva, cada indivíduo aprende a situar-se como ser humano e constrói a sua forma de ser e estar (identificação) no mundo através das relações com outros seres quando se apropria da realidade criada pelas gerações anteriores. Apropriação essa que se dá pelo manuseio dos instrumentos e aprendizado da cultura humana na qual o mesmo está inserido. Nosso mundo interno se alimenta de conteúdos que vem do mundo externo e, como nossa relação com o mundo externo não cessa, estamos em constante movimento, em processo de transformação.⁸⁰⁰

A criança quando nasce encontra um mundo de objetos e significados já construídos por outros seres. Nas relações sociais, ela se apropria desse mundo cultural e desenvolve o “sentido pessoal”.⁸⁰¹

798. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Partitura em poemas*. Florianópolis: Emais Editora, 2018, p. 52.

799. COSTA, Marli Marlene Moraes da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006, p. 101.

800. Idem, ibidem.

801. BOCK, Ana M. Bahia *et all.* *Estudo das Psicologias*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

O bebê, por exemplo, a partir do momento em que chega ao mundo começa a sujeitar-se a horários, hábitos alimentares (mamadeira ou peito), posteriormente, ocorre o treino de higiene, o aprender a andar, a aprendizagem da língua e assim por diante. O que o indivíduo aprende e o como aprende caracterizam a peculiaridade de cada grupo, classe social e cultural⁸⁰². Neste sentido, a socialização está relacionada às condições objetivas de vida do indivíduo. Assim, em um primeiro momento, a educação básica da criança irá ocorrer dentro do grupo familiar, que é responsável pelo modelo de conduta que a mesma terá, pelo desempenho de seus papéis sociais e pelos valores que controlam tais papéis.

A família⁸⁰³ vai delimitando determinados papéis ao indivíduo, os quais lhe servirão de direção, de caminho na jornada da vida. À medida que a criança vai crescendo, as exigências se delineiam cada vez mais claras e o desempenho dos papéis de menino ou menina cada vez mais controlados.

Bock ressalta a importância da família no desenvolvimento do ser humano, pois todos os grupos históricos e culturalmente desfavorecidos – seja a criança, o jovem, o idoso, a mulher – iniciam sua formação inseridos em um seio familiar, e, em consequência, assim também seu processo de exclusão ou inclusão social pela família⁸⁰⁴.

A violência que ocorre no interior da casa consiste num processo degradante da criança e do adolescente, reduzindo-os a meros objetos de maus-tratos, além de evidenciar a agressão praticada pelos pais, parentes ou responsáveis, capazes de causar danos físicos, sexuais e/ou psicológicos às vítimas. A referida violência implica na transgressão do poder/dever de proteção do adulto ou responsável pela criança ou adolescente, sendo que, por outro lado, refletirá na transgressão dos direitos que os mesmos têm de serem tratados como seres em condição de desenvolvimento⁸⁰⁵.

802. LACAN, Jacques. *Os Complexos familiares*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1987.

803. FREUD, S. *A teoria da análise infantil*. In: O tratamento psicanalítico de crianças. Rio de Janeiro: Ímago, 1971. De acordo com Freud, a base consciente do psiquismo é o ego, e a criança estrutura o seu ego durante o período de desenvolvimento que vai do nascimento até a puberdade. Portanto essa formação ocorre justamente no período em que a criança está (ou deveria estar) junto de sua família, tendo os primeiros registros de ser e estar no mundo. Daí a importância da função a ser desempenhada pelo grupo familiar para que a criança possa se desenvolver de forma equilibrada e harmônica. Será neste grupo, na expressão das emoções entre pai, mãe e filhos, que a criança aprenderá a comunicar-se e a conviver com os outros. Percebe-se que o processo de formação psíquica ocorre mais no plano afetivo do que no plano racional. Pois a vida afetiva é parte integrante da nossa vida psíquica, são nossos afetos e emoções que dão colorido as nossas vidas e expressam-se nos desejos, nos sonhos e nos sentimentos, é o que nos faz viver.

804. BOCK, Ana M. Bahia et all. *Op. cit.*, p. 239.

805. TRINDADE, Jorge. *A delinquência juvenil: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre:

Crianças e adolescentes vítimas de maus-tratos por parte de seus próprios pais, ou por aqueles que exercem uma certa autoridade sobre elas, se tornam indefesas, inseguras e com grandes possibilidades de tornarem-se agressoras de seus futuros filhos (repetição de papéis). As punições corporais violentas, torturas e palavras agressivas consomem seus corpos e encurtam suas vidas, levando-as a um comprometimento psíquico, que abrem feridas que não cicatrizam nem mesmo com o passar dos anos, restando a elas apenas sequelas, como desequilíbrios psicológicos, frustrações pessoais e profissionais, entre outras.

Segundo Kolb, a criança vítima de maus-tratos poderá ser vítima da ausência de ideais de ego e superego socializados, o que culminará com a sua deficiência emocional, assim procurando manter o controle e o domínio dos outros, a fim de obter prazer e satisfação imediata para seus impulsos, não possuindo consciência crítica de seus atos e não sendo capaz de se colocar no lugar do outro, satisfazendo-se com sua conduta hostil e demonstrando poucos sentimentos de culpa ou remorso. Possuem dificuldades para utilizar seus impulsos agressivos de modo aceitável e construtivo. Caracterizam-se, ainda, por serem irritadiços, arrogantes, inflexíveis e egoístas⁸⁰⁶.

Kalina⁸⁰⁷, da mesma forma que Kolb, enfatiza que crianças vítimas de maus-tratos e privações severas na infância, quando adolescentes, exibem falta de controle e afeição. Apresentam, ainda, uma inacessibilidade emocional, relacionamentos superficiais e ausência de tensão e ansiedade normais, bem como a falta de maturidade social e, caso não seja “cuidada” de forma adequada e em tempo ábil, esta marca perdurará por toda a vida do sujeito.

Kaplan e Sadock afirmam a importância dos fatores ambientais: o descuido de uma mãe, ou de sua substituta, evidenciados em um lar sem coesão, com falta de afeto, falta de disciplina materna e de afeição, principalmente até os 6 (seis) anos de idade, influenciariam decisivamente na conduta antissocial do indivíduo⁸⁰⁸.

Livraria do Advogado, 1999.

806. KOLB, Lawrence. *Psiquiatria clínica*. São Paulo: Interamericana, 1990.

807. KALINA, Eduardo e Kovadloff, Santiago. *Drogadição Indivíduo Família e Sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1996.

808. KAPLAN, H. I, SADOCK B. J. *Psicoterapia*. Baltimore: Williams & Wilkins, 1981. Winnicott, em sua obra: WINNICOTT, D.W. *Privação e delinquência*. Martins Fontes, São Paulo: 1997, a propósito da tendência “antissocial”, entende que uma criança normal – se possui a confiança do pai e da mãe – usa de todos os meios possíveis para se impor. Com o passar do tempo, põe à prova o seu poder de desintegrar, destruir, assustar, cansar, manobrar, consumir, apropriar-se. Se o lar consegue suportar tudo que a criança pode fazer para desorganizá-lo, ela sossega e vai brincar; mas primeiro os testes têm que ser feitos – especialmente se a criança tiver alguma dúvida quanto à estabilidade da instituição parental e do lar.

O QUE PODE ACONTECER À CRIANÇA SE O SEU LAR FOR UM AMBIENTE HOSTIL?

Na perspectiva de Trindade, a criança cujo lar não oferece um sentimento de segurança, procurará por “proteção e aconchego” fora das quatro paredes de sua casa. Havendo esperança, recorre aos seus avós, tios, tias, amigos da família, da escola, procura por estabilidade externa, quando esta for possível. O comportamento “antissocial”, segundo o autor, nada mais é do que um grito de socorro, pedindo o controle de pessoas fortes, amorosas e confiantes, pois o sentimento de segurança não chegou à vida da criança a tempo de ser incorporado às suas crenças e sua formação⁸⁰⁹.

É com os pais que a criança aprende a lidar com suas próprias angústias. Se os pais são firmes, amorosos e presentes, ela irá se tranquilizar. Se eles são permissivos, agressivos e sádicos, ela irá se identificar com estes aspectos deles. Goldemberg, por sua vez, sustenta que existem famílias que reproduzem biologicamente, mas não conseguem reproduzir socialmente, ou seja, não conseguem manter uma dinâmica familiar articulada. Segundo a autora citada, há geralmente duas alternativas para as pessoas que passam por violência doméstica: a primeira é o caminho da delinquência, do crime, por acreditar que poderá contrapor-se à força de coerção da sociedade. A outra é tornar-se um profissional de controle e repressão, como, por exemplo, entrar para a polícia⁸¹⁰.

No entanto, não podemos aceitar passivamente somente estes dois tipos de caminhos apontados. Primeiramente porque o ser humano é bastante complexo, sua capacidade de resiliência é por demais ativa e, além que, acreditamos nas redes de solidariedade, no compromisso com o outro, capazes de efetivamente resgatar pessoas.

5. O DEVER DE PROTEÇÃO DO ESTADO

*A história
Quando te encontrei
Contei para ti histórias de fadas
de castelos encantados.*

809. TRINDADE, Jorge. *Op. cit.*, p. 112.

810. GOLDEMBERG, Gita W. A Violência doméstica e a “Lei do Pai”. *In: Átler Ágora*, n. 3, Florianópolis, 1995.

*Falei das flores
da música
da poesia.
Mergulhastes neste mundo
e nele passaste a ser princesa
Porém, à medida em que crescias
vias ao teu redor
histórias de morte
barracos empilhados
florestas destruídas
versos de dor.
Teus olhos imaculados indagavam-me:
“Onde está a verdade?”
Foi quando te respondi:
“Se quiseres e se teu sonho for
grande o suficiente
farás do mundo uma poesia de amor
E os encantos das histórias infantis
serão a verdadeira história”.
Sorrreste então
e depois de um forte abraço
correste para a roda.
(Josiane Rose Petry Veronese)⁸¹¹*

O Estado, por meio de seu ordenamento jurídico, de suas estruturas, órgãos e políticas públicas, tem o dever de proteção, de modo a garantir a “proteção integral” da criança e do adolescente. A intervenção do Estado, no contexto familiar, tem caráter complementar, devendo assegurar políticas sociais básicas, programas de assistência social, orientação e apoio familiar, proteção jurídica, serviços de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, etc, conforme estabelecido na Constituição Federal, de 1988, em seus artigos 226 e 227⁸¹², e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º, 4º e 7º⁸¹³.

811. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Olhos verdes*. Curitiba: Multideia editora, 2014, p. 139.

812. Em seu artigo 226, a Constituição normatizou que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O artigo 227 dispõe que: “É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.”

813. “Artigo 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais a pessoa humana, sem prejuízo integral de que trata esta lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” “Artigo 4º É dever da família,

Destaca-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 19, proclama que a infância tem direitos a cuidados e assistência especiais. Reconhece a família como grupo fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos seus membros, e, em particular, das crianças e adolescentes, que devem receber proteção e assistência necessárias:⁸¹⁴

1. Os Estados partes tomarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto estiver sob a guarda dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.
2. Essas medidas de proteção deverão incluir, quando apropriado, procedimentos eficazes para o estabelecimento de programas sociais que proporcionem uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, assim como outras formas de prevenção e identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior de caso de maus-tratos a crianças, acima mencionadas e, quando apropriado, intervenção judiciária.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 129, prevê uma série de medidas que devem ser aplicadas aos pais ou responsáveis que violem os direitos das crianças e adolescentes.

A efetividade do artigo 129 está a exigir a criação de programas de promoção à família, de tratamento e orientação a alcoólatras e toxicômanos e, ainda, exige as condições necessárias para que se possa realizar, quando necessário, o tratamento psicológico ou psiquiátrico; caso em que, mais uma vez, será necessária a conscientização e mobilização da sociedade civil na conquista desses serviços, imprescindíveis para que o Estatuto da Criança e do Adolescente produza seus efeitos no mundo fático, não abstrato e “perfeito” das normas jurídicas.

da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alienação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” “Artigo 7º A criança e o adolescente têm direito a 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.”

814. Cf. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Convenção sobre os Direitos da Criança – 30 anos*. Salvador: Juspodivm Editora, 2019.

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;
- II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
- VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
- VII - advertência;
- VIII - perda da guarda;
- IX - destituição da tutela;
- X - suspensão ou destituição do poder familiar.

A atual legislação busca uma mudança profunda na conduta dos pais que agridem seus filhos, o que nos conduz a uma transformação cultural, objetivando obter êxito através dos instrumentos previstos na própria legislação de proteção à criança e ao adolescente. Desse modo, vê-se a importância crucial da Lei Menino Bernardo, Lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014, que se edificou como um valioso mecanismo jurídico contra toda forma de violência contra a criança e o adolescente, acrescentando os seguintes artigos no Estatuto da Criança e do Adolescente. *In verbis*:

Art. 18 - A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

- a) sofrimento físico; ou
- b) lesão;

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

- a) humilhe; ou
- b) ameace gravemente; ou
- c) ridicularize.

Art. 18 - B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

- I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
- II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
- III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
- IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;
- V - advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

Art. 70 - A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão atuar de forma articulada na elaboração de políticas públicas e na execução de ações destinadas a coibir o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e difundir formas não violentas de educação de crianças e de adolescentes, tendo como principais ações:

- I - a promoção de campanhas educativas permanentes para a divulgação do direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos;
- II - a integração com os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, com o Conselho Tutelar, com os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e com as entidades não governamentais que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente;
- III - a formação continuada e a capacitação dos profissionais de saúde, educação e assistência social e dos demais agentes que atuam na promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente para o desenvolvimento das competências necessárias à prevenção, à identificação de evidências, ao diagnóstico e ao enfrentamento de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente;

IV - o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente;

V - a inclusão, nas políticas públicas, de ações que visem a garantir os direitos da criança e do adolescente, desde a atenção pré-natal, e de atividades junto aos pais e responsáveis com o objetivo de promover a informação, a reflexão, o debate e a orientação sobre alternativas ao uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante no processo educativo;

VI - a promoção de espaços intersetoriais locais para a articulação de ações e a elaboração de planos de atuação conjunta focados nas famílias em situação de violência, com participação de profissionais de saúde, de assistência social e de educação e de órgãos de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Parágrafo único. As famílias com crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção.

Alterou, também, os artigos 13 e 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

[...]

Art. 245. (VETADO).

Até mesmo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, fora objeto de alteração com a Lei Menino Bernardo, com o acréscimo do § 9º ao art. 26:

Art. 26. [..]

§ 9º Conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares de que trata o **caput** deste artigo, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), observada a produção e distribuição de material didático adequado.

A prevenção, entendemos, deve ser considerada como o aspecto mais importante do sistema normativo. A lei, por si mesma, não tem força para alterar

uma conduta individual e social. No entanto, a norma é, fundamentalmente, educativa, devendo obter a aceitação de todos para evitar as medidas coercitivas, de caráter exclusivamente punitivo.

Devemos fomentar a sensibilização, proporcionar a formação e capacitação sobre como prevenir a violência intrafamiliar, por intermédio de programas educativos que eduquem, sensibilizem e conscientizem a população sobre a importância de se prevenir e combater a violência, bem como promover ações e programas de proteção social às suas possíveis vítimas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por meio de suas medidas protetivas, pretende criar uma nova cultura familiar, enfrentando o problema que hoje se apresenta como um dos mais graves em nossa sociedade e que nos leva a uma desintegração ou, mesmo, à descrença neste importante núcleo societário.

Em um primeiro momento, cabe à família, principalmente aos pais, garantir o cumprimento das funções básicas de assistência material, moral, espiritual, cultural e jurídica à que têm direito: as crianças e adolescentes em face de seu processo de desenvolvimento.

Se o Estado deixar de cumprir seu papel, poderá ser responsabilizado pelo não cumprimento das normas que ele mesmo traçou. O Estado deve ter como principal finalidade a garantia da dignidade da pessoa humana, a obrigação de garantia e realização dos direitos fundamentais. “A Constituição de qualquer estado que se diga democrático de direito deve ter essa mesma orientação, ou seja, não só garantir, mas também realizar os direitos fundamentais”.⁸¹⁵

6. A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA POLÍTICA PARA A FAMÍLIA

O amor e o tempo

*O amor perguntou para o tempo,
como se daria a permanência desse sentimento
com o passar dos anos.*

*Se o amor se fragilizaria,
se sofreria percalços,
frustrações.*

*O tempo olhou com ternura o amor,
como conhecedor que era
do presente,
do passado
e do futuro,*

815. MARINHO, Nelson Janot. *Construindo a Cidadania*. São Paulo: PUC – Editora Saraiva, 1996.

*disse-lhe:
Sim, passarás por tudo isso.
Mas as fragilidades abraçadas
te farão forte,
Os percalços se transformarão
em determinação.
As frustrações compreendidas
te farão valorizar tudo que tens.
O amor sorriu e
de mão dadas com o tempo
colocaram-se a caminho.
(Josiane Rose Petry Veronese)⁸¹⁶*

A família é essencial para o desenvolvimento do ser humano, pois é nela que a criança vai formando a sua identidade e interagindo com os outros. Desde os primeiros momentos de vida, na construção de um vínculo regular, seguro e contínuo com as pessoas que a constituem, a criança se comunica com o ambiente, que deve lhe oferecer todos os estímulos necessários para um desenvolvimento adequado. Daí a importância do afeto, do aconchego familiar, do limite preciso sem ser autoritário e muito menos violento, para que a criança possa crescer e se estruturar de forma sadia e equilibrada.

Uma criança que cresce em um interior de um ambiente familiar violento e desequilibrado, que não respeita seus direitos fundamentais, é uma criança que, infelizmente, carece de elementos constitutivos à sua integralidade como sujeito de direitos.

A violência doméstica é sentida pela criança e pelo adolescente como uma guerra, pois os agressores estão próximos, sendo paradoxal para a vítima que vivencia tal realidade experimentar a violência estabelecida em um local de onde se espera acolhimento, proteção, carinho e respeito.

As consequências da violência, que atinge a saúde de crianças e adolescente, podem ser imediatas, de médio e longo prazo. As imediatas são facilmente identificadas, já que tendem a deixar marcas visíveis, principalmente na pele e no sistema ósseo, como, por exemplo, luxações, fraturas, cortes, queimaduras, rompimento de órgãos e traumatismo craniano, sendo os citados os padrões mais frequentes. Nos casos em que as lesões são leves, acabam passando despercebidas, mas quando os traumas são graves e a criança ou adolescente necessita de internação hospitalar, pode ocorrer o óbito. Em geral, as situações mais graves são decorrentes de múltiplas lesões, normalmente envolvendo a

816. VERONESE, Josiane Rose Petry. *Marina em 85 poemas*. Florianópolis: Emais editora, 2019, p. 129.

utilização de objetos, como pedaços de madeira, cintos, barra de ferro, entre outros. Com relação ao abuso sexual, deve-se destacar que nem sempre haverá sinais físicos que comprovem este tipo de abuso.

Nos casos de negligência, as consequências são mais difíceis de serem caracterizadas e, portanto, de serem identificadas. Isto é ainda mais complicado quando há uma enorme quantidade de crianças e adolescentes que são vítimas crônicas do descuido do próprio Estado, não garantindo condições mínimas necessárias ao seu crescimento e desenvolvimento.

As consequências emocionais da violência doméstica que vitimiza crianças e adolescentes geralmente são de médio e longo prazo, considerando que as consequências emocionais são difíceis de serem identificadas.

A criança que sofre violência na família poderá, quando adolescente e adulto, vir a ter sérias consequências no decorrer de sua vida. Infelizmente, as vítimas poderão internalizar valores e normas distorcidas da realidade, tornarem-se extremamente agressivas, amargas, outras vezes, introspectivas ou apáticas e, com possibilidades, infelizmente, de virem a ser portadoras de uma estrutura de personalidade “antissocial”.⁸¹⁷

Na realidade, essa criança terá uma enorme tendência a repetir o que viveu, o que experienciou no ambiente familiar, afinal estes são os registros que lhe foram passados. Uma criança que foi vítima de violência doméstica poderá repetir esse modelo, tornando-se uma mãe ou pai violentos. A personalidade do indivíduo refere-se ao modo, relativamente, constante de perceber, pensar e agir. Esse “todo” peculiar a cada um é marcado por valores, crenças, habilidades, atitudes, desejos, emoções, o modo de comportar-se. Assim sendo, não temos como separar a personalidade do indivíduo das experiências de sua infância, dos ensinamentos recebidos, dos estímulos do meio em que vive.⁸¹⁸

Lamentavelmente, apesar de várias décadas de evolução da humanidade, dos notáveis avanços tecnológicos, de verdadeiros milagres no campo da genética, na cura de doenças, no aprimoramento da democracia, na igualdade entre os sexos, não conseguimos evoluir no sentido de protegermos nossas crianças e adolescentes de todos os tipos de violência a que estão submetidas, em especial a violência doméstica. Tal violação é de extrema preocupação por ser justamente o lar o ambiente apropriado para que a criança se desenvolva,

817. COSTA, Marli Marlene Moraes da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006, p. 124.

818. Idem, *ibidem*.

sinta-se segura e amada, no entanto, quando ele é o local em a que maltratam, a espancam, tem-se aí o espaço da morte do sujeito, da destruição de todos os seus sentimentos.

Para que os direitos fundamentais de toda criança, de todo adolescente não se restrinjam à norma, faz-se necessário uma transformação estrutural e de mentalidade da sociedade, pois, o problema da violência não é fruto somente de questões vinculadas à um modelo sociopolíticoeconômico excludente, individualista e de exacerbado consumo, ela está também relacionada com a falta de solidariedade, dos aniquilamentos dos valores e da busca desenfreada de bens materiais. Chegamos a um estágio de nossas vidas em que não mais valorizamos o ser e sim o ter e mais recentemente – considerando a realidade do ciberespaço – a do aparentar ser; e neste contexto vamos nos perdendo enquanto filhos, mães, pais, enfim, como seres humanos.

Entendemos que devemos recuperar o humanismo e impedir que toda a nossa construção civilizatória se volte contra si mesma, portanto, é imperioso que conquistemos a nossa real humanidade, reconhecendo a si mesmo e ao outro.

REFERÊNCIAS

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Trad. de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabarra, 1981.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1976.
- BOCK, Ana M. Bahia *et all*. *Estudo das Psicologias*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da. O papel da família e da comunidade no desenvolvimento de políticas públicas de proteção à infância no Brasil. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, 591 – 609.
- COSTA, Marli Marlene Moraes da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.
- FREUD, S. *A teoria da análise infantil*. In: O tratamento psicanalítico de crianças. Rio de Janeiro: Ímago, 1971.
- GOLDEMBERG, Gita W. *A Violência doméstica e a “Lei do Pai”*. In: Átler *Ágora*, n. 3, Florianópolis, 1995.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: procuram-se vítimas*. São Paulo, Cortez, 1988.

_____. *Violência de pais contra Filhos; a tragédia revisitada*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

KALINA, Eduardo e Kovadloff, Santiago. *Drogadição Indivíduo Família e Sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1996.

KAPLAN, H. I, SADOCK B. J. *Psicoterapia*. Baltimore: Williams & Wilkins, 1981.

KOLB, Lawrence. *Psiquiatria clínica*. São Paulo: Interamericana, 1990.

LACAN, Jacques. *Os Complexos familiares*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1987.

MARINHO, Nelson Janot. *Construindo a Cidadania*. São Paulo: PUC – Editora Saraiva, 1996.

MORAES, Walter. *Notícia Histórica. Programa de Direito do Menor*. São Paulo: USP, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e Psicanálise*. Caderno de Estudos Jurídicos, Belo Horizonte, v.3. p.156, jul. 1998.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ROURE, Glacy Q. de. *Vidas silenciadas – A violência com crianças e adolescentes*. Campinas: Editora da Universidade Estadual de Campinas – Unicamp, 1996.

SANTOS, Hélio de Oliveira. *Crianças espancadas*. Campinas: Papirus, 1998.

SATTLER, Marli Kath. De quem é a responsabilidade na violência intrafamiliar. *Barbarói*, Santa Cruz do Sul, n. 7, p. , mês. 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TRINDADE, Jorge. *A delinquência juvenil: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WINNICOTT, D.W. *Privação e delinquência*. Martins Fontes, São Paulo: 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Convenção sobre os Direitos da Criança – 30 anos*. Salvador: Juspodivm Editora, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). *Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Marina em 85 poemas*. Florianópolis: Emais editora, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Olhos verdes*. Curitiba: Multideia editora, 2014.

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

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Tocata de uma alma*: poemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

A IGUALDADE DE GÊNERO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS A PARTIR DO VALOR PRINCÍPIO FRATERNIDADE

OLGA MARIA BOSCHI AGUIAR DE OLIVEIRA⁸¹⁹

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo, dentre seus objetivos, pretende analisar a falta de igualdade de gênero que segue afetando as mulheres trabalhadoras, assim como identificar a possibilidade de reconhecimento e contribuição do Valor-Princípio Fraternidade, em sua dimensão relacional e jurídica, como um instrumento capaz de assegurar uma real concretização da igualdade de gênero como um Direito Humano Fundamental. Para tanto, o texto está dividido em três tópicos temáticos, além da Introdução e das Considerações Finais, nas quais se apresentam, primeiramente, as categorias gênero e trabalho.

A partir disso, verifica-se por meio de elementos teóricos e de alguns indicadores estatísticos, que historicamente as configurações de desigualdades e discriminações enfrentadas pelas mulheres quando inseridas no mercado de trabalho – formal e informal –, mesmo na sociedade atual ainda continuam a existir.

No segundo item temático se discute os princípios e direitos fundamentais para a promoção da igualdade de gênero, como requisito necessário para se

819. Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Autônoma do México (UNAM). Estágio de Pós-Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de Málaga (UMA) na Espanha (2013-2014). Professora Titular do Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), aposentada desde março/2017. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa “Direito e Fraternidade”, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), no período de 2009-2018. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa “Direito e Fraternidade”, sob a Coordenação da Professora Dra. Josiane Rose Petry Veronese. Professora Visitante I na Universidade de Pelotas (UFPEL), desde setembro/2018. Membro Titular da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT), ocupando a Cadeira de número 27. CV- <http://lattes.cnpq.br/7598750769331998> Email: olgaoliveiralagoa@gmail.com

alcançar a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego e profissão, com ênfase na Organização Internacional do Trabalho (OIT), e suas Convenções e Recomendações, especificamente criadas para garantir a igualdade salarial entre as trabalhadoras femininas e os trabalhadores masculinos, e a proibição de todas as formas de discriminação, sejam elas decorrentes das categorias sexo e gênero.

Destaca-se, ainda, que as desigualdades e discriminações no mundo do trabalho apesar de afetarem também os trabalhadores masculinos, proporcionalmente trazem maiores prejuízos para as mulheres trabalhadoras, pois são elas que acumulam junto com as atividades remuneradas e ou não remuneradas, um maior número de horas dedicadas as responsabilidades familiares – cuidados com os filhos, com idosos e as tarefas domésticas –, que impedem, em grande medida, o exercício de um trabalho decente/digno, já que, em geral, suas atividades laborais são de tempo parcial, precárias e mal remuneradas.

Por último, se avalia a possibilidade de romper os obstáculos, por exemplo, de ordem pessoal, social, culturais e jurídicos, que continuam negando a concretização da igualdade de gênero para todas e todos os trabalhadores, não obstante algumas mudanças ocorridas nas relações sociais que tem favorecido a participação dos homens nas atividades familiares e domésticas, assim como os avanços no reconhecimento e garantia de Direitos Humanos Fundamentais para mulheres e homens no Estado Democrático de Direito.

Além do mais, busca-se evidenciar que para enfrentar a ausência da igualdade de gênero – não apenas no mundo do trabalho –, é imprescindível a ampliação de: diálogo social, estratégias, programas, políticas públicas por meio de uma vivência fraterna. Uma nova relacionalidade que possa reconhecer e garantir ao Outro, independentemente de seu sexo e gênero, a sua dignidade enquanto ser humano.

Na análise final, reafirma-se a importância de uma relacionalidade fraterna, assim como do reconhecimento do Valor-Princípio Fraternidade, por todas e todos os cidadãos, como também pela Comunidade, pois, enquanto cidadãos, todos têm os mesmos direitos e deveres. Melhor dizendo, a relação fraterna exige de cada um(a) e de todas (todos), uma responsabilidade recíproca, uma atitude positiva de inclusão do Outro em respeito as suas diferenças.

Para o melhor desenvolvimento das abordagens temáticas do estudo a ser apresentado, no que se refere à Metodologia, será utilizado o método de

abordagem indutivo como linha de raciocínio, como método de procedimento o monográfico, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

2. A BUSCA INCESSANTE PELA IGUALDADE DE GÊNERO NO MUNDO DO TRABALHO

Preliminarmente, é importante esclarecer que o gênero abarca as diferenças e as relações construídas entre o sexo masculino e feminino, de acordo com as regras e valores adotados, aceitos por uma determinada sociedade e sua cultura. E tais questões são impostas psicologicamente, e, muitas vezes, fisicamente às mulheres, por serem um coletivo mais frágil – lembrando que gênero não é sinônimo de sexo.

A utilização da força de trabalho das mulheres desde o início da Revolução Industrial tem se caracterizado pela divisão sexual do trabalho, cabendo aos homens o denominado trabalho produtivo, com melhor remuneração e formação profissional, enquanto que para as mulheres são destinadas atividades profissionais ditas condizentes com o seu gênero⁸²⁰, atividades que exigem menos capacidade técnica, qualificação e/ou força física, resultando na realização de tarefas menos complexas e no recebimento de salários mais baixos, aumentando assim o grau de discriminação e de desigualdades quando incorporadas ao mundo do trabalho.

Por isso, a divisão de tarefas entre mulheres e homens – seja no espaço privado doméstico –, bem como na esfera econômica, baseada na divisão sexual do trabalho (produtivo), estão atreladas às estruturas organizadas, não apenas pelas concepções sobre as diferenças entre os sexos (biológicas e reprodutivas), mas também de gênero, que dizem respeito ao papel social e as relações sociais – comportamentos, características psicológicas e atitudes – atribuídas as mulheres e aos homens, influenciando especificamente, a distribuição das atividades produtivas entre as trabalhadoras femininas e os trabalhadores masculinos.

A divisão do trabalho por gênero refere-se principalmente à segregação do trabalho, remunerado e não remunerado, entre mulheres e homens na vida privada e pública. Esta divisão reflete a divisão tradicional entre os papéis das

820. Neste trabalho se utiliza como conceito de gênero o conjunto de normas, valores, conceitos e práticas através das quais as diferenças biológicas entre homens e mulheres são culturais e simbolicamente significadas. Gênero e identidade não são substâncias ou unidades fixas e naturais, mas relações construídas culturalmente. Cf. CRUZ, M. H. S., 2012, p.28-29.

mulheres e dos homens na sociedade, de acordo com a qual as mulheres assumiam a maior parte dos cuidados à família e das funções domésticas, enquanto os homens eram os responsáveis pelo bem-estar econômico e financeiro da família, como seu sustento [...], num emprego permanente, a tempo completo e vitalício (OIT, ABC, 2007, p. 66).

Entretanto, apesar dos avanços conquistados pelas mulheres trabalhadoras, cabe lembrar que este cenário de desigualdades e discriminações impostas às mulheres, de acordo com Colás Bravo, apresenta a seguinte relação:

O modelo atual de sociedade patriarcal produz desigual acesso da mulher ao mercado de trabalho, a disponibilidade de recursos econômicos e a sua participação nas esferas de decisão social, política e econômica. Mas também o modelo patriarcal tem efeitos e consequências na esfera privada e doméstica, com importantes repercussões humanas (2004, p. 275) (Tradução livre).

Desta forma, observa-se que é essencial compreender que

O gênero é uma dimensão central da vida pessoal, das relações sociais e da cultura. É uma arena em que enfrentamos questões práticas difíceis no que diz respeito à justiça, à identidade e até à sobrevivência. Questões de gênero dizem respeito tanto aos homens quanto às mulheres⁸²¹ (CONNELL; PEARSE, 2015, p.25-26).

Por outro lado, ressalta-se que o êxito obtido pela expansão das atividades industriais no Brasil fez com que a partir da década de 1970 aumentassem os índices de participação feminina no mercado de trabalho, verificando-se que “[...] em 1950, as mulheres economicamente ativas perfaziam uma taxa de 14,6%, passando para 18,6% em 1970” (NADER, 2002, p. 5).

As transformações econômicas, financeiras e sociais ocorridas no país neste período, além de terem contribuído para o desenvolvimento da industrialização, propiciaram condições que permitiram e favoreceram um aumento substancial de participação das mulheres brasileiras no mercado de trabalho. Ou seja, as mesmas conseguiram ampliar sua inserção em outras atividades profissionais anteriormente limitadas aos setores tradicionalmente e costumeiramente

821. El modelo actual de sociedad patriarcal produce desigual acceso de la mujer al mercado de trabajo, a la disponibilidad de recursos económicos y a su participación en las esferas de decisión social, política y económica. Pero también el modelo patriarcal tiene efectos y consecuencias en la esfera privada y doméstica, con importantes repercusiones humanas.

ocupados pela mão de obra feminina, a exemplo, das fábricas de tecidos, algodão e confecção de roupas, que resultou na ocupação de outros setores industriais predominantes masculinos como o metalúrgico.

Assim, desde 1970, e inclusive nos dias atuais, a participação das mulheres no mercado de trabalho brasileiro tem seguido uma tendência nacional de aumento nos seus índices, que podem ser observados através dos indicadores divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), bem como pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD).

Apesar dos indicadores estatísticos oficiais demonstrarem que as mulheres vêm desempenhando um papel mais relevante do que os homens no crescimento da população economicamente ativa, isso não tem impedido um tratamento desigual e discriminatório em relação aos trabalhadores masculinos, que exemplificativamente, podem ser observados por meio dos seguintes dados:

- Em 2018, o rendimento médio das mulheres ocupadas entre 25 e 49 anos de idade (R\$ 2.050) equivalia a 79,5% do recebido pelos homens (R\$ 2.579).
- No grupo etário dos 25 aos 49 anos, o valor médio hora trabalhada pelas mulheres era de R\$ 13,0, ou 91,5% da hora trabalhada pelos homens (R\$ 14,2).
- Considerando-se as ocupações selecionadas, a participação das mulheres era maior entre os Trabalhadores dos serviços domésticos em geral (95,0%), Professores do ensino Fundamental (84,0%), Trabalhadores de limpeza de interior de edifícios, escritórios, hotéis e outros estabelecimentos (74,9%) e dos Trabalhadores de centrais de atendimento (72,2%).
- No grupo de Diretores e Gerentes, as mulheres tinham participação de 41,8% e seu rendimento médio (R\$ 4.435) correspondia a 71,3% do recebido pelos homens (R\$ 6.216).
- Já entre os Profissionais das Ciências e as ocupações com maior nível de instrução também mostram rendimentos desiguais. Entre os Professores do ensino fundamental, as mulheres recebiam 90,5% do rendimento dos homens. Já entre os Professores de universidades e do ensino superior, cuja participação (49,8%) era próxima a dos homens, o rendimento das mulheres equivalia a 82,6% do recebido pelos homens.
- Outras ocupações de nível de instrução mais elevado, como médicos especialistas e advogados, mostravam participações femininas em torno de 52% e uma diferença maior entre os rendimentos de mulheres e

homens, com percentuais de 71,8% e 72,6%, respectivamente (IBGE, Estatísticas Sociais, 2018).

Entretanto, é necessário ressaltar alguns aspectos positivos da participação das mulheres em alguns grupos ocupacionais, como por exemplo: nas ocupações elementares (55,3%) e os homens (44,7%); como trabalhadoras dos serviços, vendedoras dos comércios e mercados (59,0%) e os homens (41,0%); entre os profissionais das ciências e intelectuais (63,0%) e os homens (37,0%); e como trabalhadoras de apoio administrativo (64,5%) e os homens 35,5% (IBGE, Estatísticas Sociais, 2018).

Contudo, as mulheres ainda enfrentam outros desafios quando inseridas no mercado de trabalho, que não dependem tão somente da demanda do mercado e das suas qualificações, mas de uma articulação complexa de características pessoais e familiares, especificamente no que diz respeito aos reflexos da maternidade em sua vida profissional.

Quer dizer, as mulheres com filhos pequenos (ou em outra faixa etária menor de idade), estão mais limitadas para exercer atividades profissionais remuneradas fora de casa, pois seguem sendo as principais responsáveis pelas atividades domésticas, pelo cuidado com os filhos e outros membros da família.

Por isso, uma oferta adequada de serviços públicos ou conveniados com estabelecimentos particulares de atenção à maternidade, como creches (e mesmo a obrigatoriedade de creches para as empresas, com mais de trinta trabalhadoras), principalmente aquelas localizadas nas zonas urbanas, ainda não são suficientes para permitir que a maioria das mulheres se ausente de casa para realizar outras atividades econômicas remuneradas, o que resulta quase sempre em uma sobrecarga de trabalho (seja no espaço privado, seja no espaço público).

Um indicador importante a ser destacado diz respeito aos índices estatísticos de gênero sobre a escolaridade entre meninas e meninos, em que se constata uma trajetória de maior sucesso para as meninas, o que pode ser observado por meio dos dados divulgados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), por meio do Censo Escolar e do Censo da Educação Superior realizado em 2019.

Primeiramente, de acordo com os dados do Censo da Educação Básica de 2019 e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, cabe mencionar que o sistema educacional brasileiro não apresenta uma discriminação de gênero no que se refere ao acesso à escola nos seus primeiros níveis, uma vez que

“Da creche aos anos iniciais do ensino fundamental, a proporção de meninos e meninas se mantém equilibrada e corresponde à distribuição populacional na faixa etária equivalente” (INEP, Censo Escolar - Censo da Educação Superior, 2019, p. 1).

Isto é, existe um equilíbrio de acesso à escola quando se observa o ingresso das meninas e dos meninos na Educação Infantil e, no 1º ano do Ensino Fundamental, onde o percentual de matriculados é de aproximadamente 51,4% de meninos e de 48,6% de meninas.

Todavia, um desequilíbrio no acesso escolar começa a ser identificado pelo Censo Escolar de 2019, demonstrando que as diferenças de gênero principiam a ficar cada vez mais visíveis a partir do 9º ano do Ensino Fundamental, no qual as meninas passam para 50,8% e os meninos para 49,2%. No Ensino Médio, as meninas alcançam um percentual de 53,9% e os meninos de 46,1%. Esta situação de distanciamento no acesso escolar entre as meninas e meninos vai se ampliando na medida em que os mesmos ingressam no Ensino Superior (Cf. INEP, Censo Escolar - Censo da Educação Superior, 2019, p. 1).

Significa dizer, que em relação aos indicadores do Censo da Educação Superior divulgados pelo INEP, no que se refere à paridade de gênero na Educação Superior, os índices demonstram um grau mais elevado de escolaridade para as mulheres, que podem ser assim observados: a) Número de Ingressos: mulheres 55,2% e homens 44,8%; b) Número de Matriculados: mulheres 57,0% e homens 43,0%; e c) Número de Concluintes: mulheres 61,1% e homens 38,9% (Cf. INEP, Censo Escolar - Censo da Educação Superior, 2019, p. 2).

De acordo com o Diretor de Estatísticas do INEP, Carlos Moreno,

As meninas têm mais sucesso na trajetória educacional. Uma conquista das mulheres, que deve ser comemorada. As condições necessárias para que as diferenças salariais, por exemplo, diminuam no futuro estão dadas (INEP, Censo Escolar - Censo da Educação Superior, 2019, p. 3).

Entretanto, este otimismo em relação aos indicadores que confirmam o aumento de escolaridade para as mulheres, possibilitando uma maior diversificação das suas futuras escolhas profissionais, contribui e segue contribuindo – mesmo com seus limites –, para a consolidação e inserção das mulheres no mercado de trabalho, pois mesmo apresentando índices de escolaridade maior que os homens, isso não necessariamente tem significado uma plena igualdade entre os gêneros, especificamente no que se refere às diferenças salariais.

Tanto é assim que a pesquisa Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil –, divulgadas pelo IBGE em março de 2018, reafirma que as mulheres continuam com escolaridade maior, mas ganham menos do que os homens, com um salário mensal 23,5% mais baixo do que eles recebem e ocupam menos cargos de liderança (somente 37,8%), dos quais 62,2% são ocupados pelos homens.

Alguns indicadores da referida pesquisa também apontam que as mulheres ocupam mais trabalhos em período parcial, com menos horas, do que os homens, onde elas representam 28,2% da força de trabalho, enquanto que os homens representam 14,1% e, isso geralmente se traduz em trabalhos mais precários.

Neste universo, as causas da diferença de rendimento entre as trabalhadoras femininas e os trabalhadores masculinos não se explicam apenas pelo grau de escolaridade, mas, também, pelo resultado de uma inserção no mercado de trabalho, caracterizada pelo gênero, com uma maior presença das mulheres em ocupações precárias, de baixa qualificação, pouco formalizadas e, predominantemente no setor de serviços como, por exemplo, o trabalho doméstico⁸²², o que sem dúvida deixa mais concreta e perceptível a desigualdade entre os gêneros.

Destaca-se que, para as mulheres trabalhadoras, tanto a maternidade como a divisão de tarefas no trabalho são fatores determinantes para a desigualdade de gênero, essencialmente devido às atribuições familiares em relação aos cuidados de filhos, e com a casa, resultando na maioria das vezes em desvantagens concretas quando inseridas no mercado de trabalho, demonstrando o lento avanço em busca da igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego para mulheres e homens. Melhor dizendo, de maneira geral, as mulheres ainda estão presentes em profissões consideradas nichos tradicionais, que acabam por excluí-las de profissões com melhor remuneração.

Por isso, em alguns casos, as mulheres para se inserirem e participarem do mercado de trabalho tem optado por terem apenas um filho ou nenhum, o que tem afetado as taxas de fecundidade, numa sensível mudança dos paradigmas demográficos e sociais no país.

822. A ocupação de trabalhadora doméstica é esmagadoramente feminina, sendo exercida por quase seis milhões de mulheres brasileiras, equivalente a 14% do total das mulheres ocupadas. Entre os homens esse percentual é inferior a 1%.

Em outras palavras, muitas mulheres brasileiras, para conseguir articular melhor seus papéis de mãe e de trabalhadora produtiva – remunerada –, tiveram que assumir a responsabilidade pela decisão de ter menos filhos e assim encontrar espaço para buscar na prática uma efetiva igualdade, o que tem possibilitado, em maior ou menor medida, uma redefinição das relações entre os gêneros não apenas no núcleo da família, mas também nas atividades econômicas contribuindo para a renda familiar.

Por isso, é indispensável que todas e todos os trabalhadores com responsabilidades familiares possam exercer de forma adequada qualquer atividade remunerada de sua escolha e, de acordo com suas aptidões, o que pode permitir – especialmente para as mulheres –, não apenas sua permanência no mercado de trabalho, mas, também, sua ascensão na carreira profissional por meio da promoção e do exercício de uma plena igualdade de gênero no ambiente de trabalho.

3. OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A busca concreta das mulheres trabalhadoras pelo reconhecimento da igualdade de gênero, como um Direito Humano Fundamental no mundo do trabalho, tem um aliado muito importante – dentre tantos outros organismos internacionais –, ou seja, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que vem protegendo e promovendo os direitos das mulheres e a igualdade de gênero, por meio de normas internacionais do trabalho e de instrumentos legais internacionais.

Cabe lembrar que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919 e desde a data de sua Constituição já declarava em seu preâmbulo que a paz universal e duradoura deve estar assentada com base na justiça social. Apesar de ter passado por várias revisões e emendas, destaca-se a Declaração de Filadélfia referente aos fins e objetivos da OIT, adota em 10 de maio de 1944, na qual se afirma que “todos os seres humanos, de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de realizar o seu progresso material e o seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, segurança econômica e com oportunidades iguais” (OIT, ABC, 2007, p. 4).

Diante disso, levando-se em consideração todas as desigualdades e as discriminações ainda impostas às mulheres trabalhadoras na sociedade contemporânea, a OIT considera que

Os direitos das mulheres trabalhadoras constituem parte integrante dos valores, princípios e objetivos que são o núcleo fundamental do mandato da OIT para promover a justiça social e o trabalho digno – salários justos e trabalho produtivo, realizado em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. [...] As percepções sobre a partilha ‘tradicional’ entre trabalho remunerado e trabalho não remunerado de cuidados à família estão ainda a atravessar mudanças profundas (ABC, 2007, p.4).

Por conseguinte, a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Acompanhamento, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em 1998, define as áreas nas quais os direitos e os princípios fundamentais devem ser promovidos, realizados e respeitados, sendo essas: à liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; à abolição efetiva do trabalho infantil e à eliminação da discriminação em matéria de emprego e à profissão.

A Declaração de 1998 é um importante instrumento que tem como objetivo reforçar o compromisso de todos os Estados Membros da Organização Internacional do Trabalho, para “[...] respeitar, promover e realizar os princípios relativos a estes direitos fundamentais” (OIT, ABC, 2007, p.8).

Esta abordagem pela OIT demonstra a relevância e a importância de que

Todos os princípios e direitos e as Convenções fundamentais são de interesse vital para as mulheres trabalhadoras, embora os que protegem os direitos a não discriminação sejam mais diretamente aplicáveis à promoção da igualdade entre os trabalhadores masculinos e femininos. Nos termos da Declaração, o princípio da eliminação da discriminação no emprego e na profissão, que abrange a igualdade de remuneração para trabalho de igual valor e a igualdade de oportunidades e tratamento, deve ser respeitado, realizado e promovido em todos os Estados Membros da OIT (ABC, 2007, p. 146).

Destaca-se que a proteção e a promoção da igualdade entre mulheres e homens “[...] são reconhecidas como conceitos fundamentais nos instrumentos internacionais mais importantes sobre Direitos Humanos [...]” (OIT, ABC, 2007, p. 9), mencionando-se, por exemplo:

- a. a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948;
- b. os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ICESCR) de 1966;
- c. a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969;
- d. a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) de 1979 e no seu Protocolo Opcional de 1999;
- e. a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989;
- f. a Convenção Internacional sobre Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990;
- g. a Declaração da Organização das Nações Unidas sobre Eliminação da Violência contra as Mulheres de 1993;
- h. a Declaração de Pequim e da Plataforma de Ação de 1995 e seu Acompanhamento;
- i. os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio;
- j. a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2006;
- k. a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres), fundada em julho de 2010.

Por conseguinte, todos os conceitos fundamentais sobre Direitos Humanos que envolvem os direitos referentes à igualdade entre os gêneros e fazem parte de instrumentos legais internacionais, também são disposições “[...] igualmente vinculativas para os Estados que não ratificaram os instrumentos específicos da OIT, mas que ratificaram estas normas internacionais mais gerais” (OIT, ABC, 2007, p. 9).

Neste momento, e pela sua importância se faz necessário alguns breves comentários sobre a Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres)⁸²³. A ONU Mulheres é a nova liderança global em prol das mulheres e meninas e busca proporcionar a oportunidade histórica de um rápido progresso para as mulheres e as sociedades, trabalhando com as premissas fundamentais de que as mulheres e meninas ao redor do mundo têm o direito a uma vida livre de discriminação,

823. A ONU Mulheres é uma agência especializada que foi criada em 2010, com sede na cidade de Nova York. Suas atividades tiveram início em 2011. A sua primeira Diretora-executiva foi a Presidente do Chile Michelle Bachelet. Atualmente a Diretora-executiva é a Sra. Phumzile Mlambo-Ngcuka da África do Sul (que exerceu a Vice-presidência da África do Sul no período de 2005-2008).

violência e pobreza, e de que a igualdade de gênero é um requisito central para se alcançar o desenvolvimento em todas as suas formas.

Os Estados-Membros da ONU e os ativistas dos direitos das mulheres se uniram para criar a ONU Mulheres. Eles reconheceram que tornar as questões de gênero e igualdade reais nas vidas de mulheres e meninas demandava uma organização com alcance mundial, além de uma experiência consolidada e de consideráveis recursos. Por um tempo longo demais, as mulheres foram forçadas a permanecer à margem nas questões de liderança política, segurança em zonas de conflitos, proteção contra a violência e acesso aos serviços públicos. Hoje, as mulheres precisam estar no centro das decisões como líderes, defensoras e agentes de mudanças (NAÇÕES UNIDAS – ONU Mulheres, 2010 - Brasil, 2020).

A ONU Mulheres tem por embasamento a fusão de quatro organizações da ONU com um sólido histórico de experiência em pesquisa, programas e ativismo em quase todos os países, incluindo a Divisão da ONU pelo Avanço das Mulheres, o Instituto Internacional de Pesquisa e Treinamento pelo Avanço das Mulheres, o Escritório da Assessora Especial para Questões de Gênero e o Avanço das Mulheres, e o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para as Mulheres.

Além disso, a ONU Mulheres defende a participação equitativa das mulheres em todos os aspectos da vida e enfoca cinco áreas prioritárias, a saber: Aumentar a liderança e a participação das mulheres; Eliminar a violência contra as mulheres e meninas; Engajar as mulheres em todos os aspectos dos processos de paz e segurança; Aprimorar o Empoderamento econômico das mulheres; Colocar a igualdade de gênero no centro do planejamento e dos orçamentos de desenvolvimento nacional.

A ONU Mulheres apoia os Estados-membros da Organização das Nações Unidas no estabelecimento de padrões globais para alcançar a igualdade de gênero e trabalha com os governos e a sociedade civil para formular leis, políticas, programas e serviços necessários à implementação desses padrões.

Após esta breve análise da ONU Mulheres, retomamos novamente ao assunto deste tópico temático. Destaca-se a Convenção nº 100, aprovada pela OIT em 1951, primeiro instrumento sobre a igualdade de remuneração, “adotada após a segunda guerra mundial, ela é resultado de uma intensa luta das mulheres que estiveram à frente das linhas de produção, tanto na primeira quanto na segunda guerra, em muitos países” (LEONE; KREIN; TEIXEIRA, 2017, p. 78-79), bem como a Recomendação sobre Igualdade de remuneração nº 90,

fixando-se dessa maneira, os princípios orientadores da igualdade de remuneração para trabalho de igual valor, considerando-se não apenas o sexo dos trabalhadores, dando ênfase a proteção e promoção da igualdade de gênero.

O princípio da igualdade de remuneração por trabalho de igual valor trata dos preconceitos discriminatórios estruturais de gênero no mercado de trabalho, que conduzem à segregação profissional horizontal e vertical⁸²⁴ com base no sexo. Significa que os montantes e tipos de remuneração não devem basear-se no sexo de um trabalhador (ou em outras características pessoais), mas numa avaliação objetiva do trabalho realizado. Trata-se de um direito fundamental das mulheres trabalhadoras [...] (OIT, ABC, 2007, p.99).

Alguns anos depois em 1958, a OIT passou a adotar a Convenção nº 111 e a Recomendação nº 90, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão, que “[...] proíbe distinções, exclusões ou preferências feitas com base em vários critérios, inclusive o sexo, que tenham o efeito de impedir a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e profissão” (LEONE; KREIN; TEIXEIRA, 2017, p. 79).

Na década de 60, verifica-se que as normas referentes a promoção da igualdade de gênero, tanto para as trabalhadoras como para os trabalhadores masculinos inseridos no mercado de trabalho, passaram a reconhecer que “[...] a igualdade implica partilha das responsabilidades familiares entre homens e mulheres” (OIT, ABC, 2007, p. 11), favorecendo mudanças a partir de 1965, especificamente com a Recomendação nº 123 da OIT sobre responsabilidades familiares.

“Ganhou terreno a convicção de que qualquer mudança no papel das mulheres deveria ser acompanhada de uma alteração no papel dos homens e deveria refletir-se na sua maior participação na família e nas tarefas domésticas.” (OIT, ABC, 2007, p. 12)

Essa nova compreensão sobre a alteração dos papéis exercidos por mulheres e homens no espaço doméstico/familiar, quando inseridos também no mercado de trabalho, permitiu, em 1981, a aprovação e acolhimento da Convenção

824. Na segregação profissional as mulheres e os homens estão concentrados em diferentes tipos e níveis de atividades e emprego. As mulheres tendem a permanecer em um leque de profissões diferentes dos homens (segregação horizontal) e, em cargos profissionais inferiores (segregação vertical), apesar de se observar a atuação de mulheres em novas profissões, o que não tem impedido o desequilíbrio de gênero (Cf. OIT, 2007, p.173-174).

nº 156 e da Recomendação nº 165 sobre trabalhadores com responsabilidades familiares de qualquer natureza, como uma maneira de facilitar a permanência no emprego sem nenhum tipo de discriminação que possa impedir a realização de suas atividades econômicas e profissionais.

Desta feita, tanto a Convenção nº 156 assim como a Recomendação nº 165, reafirmam “[...] a igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores com responsabilidades familiares dentro do quadro mais alargado das medidas para promover [...]” (OIT, ABC, 2007, p. 167), não apenas a igualdade entre os sexos, mas a igualdade de gênero.

É possível mencionar ainda outras Convenções da OIT, decorrentes de normas internacionais do trabalho, que tem influenciado os Estados-membros a adotarem em suas legislações internas medidas para assegurar a promoção e proteção da igualdade de gênero, considerando-se as mudanças que vem ocorrendo no mercado de trabalho, bem como de novas modalidades de trabalho, como por exemplo:

- Convenção nº 175 e a Recomendação nº 182, de 1994, que tem como objetivo a igualdade de tratamento entre trabalhadores de tempo integral e de tempo parcial, e que são fundamentais para a igualdade de gênero, já que os trabalhadores a tempo parcial são na sua maioria composto por mulheres.
- Convenção nº 177 e a Recomendação nº 184, de 1996, sobre as condições do trabalho à domicílio, onde se observar também que em grande parte é realizado por mulheres.
- Convenção nº 182 e a Recomendação nº 190, de 1999, que proíbe as piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, obrigando que se leve em consideração a situação especial das meninas, apresentando um elemento de gênero.
- Convenção nº 183, e a Recomendação nº 191 de 2000, sobre a proteção da maternidade (que revê a Convenção nº 103, e a Recomendação nº 95 de 1952). É um tema fundamental para a promoção da igualdade de gênero, da saúde e da segurança da mãe do bebê, bem como um elemento na igualdade de oportunidades.

Ressalta-se assim, a importância das fontes legislativas na proteção e promoção da igualdade de gênero, por meio das normas internacionais do

trabalho, da legislação supranacional⁸²⁵ e nacional, que tem como eixo central os direitos das mulheres trabalhadoras, composto pelas Convenções e Recomendações da OIT. Além disso,

As normas internacionais do trabalho podem descrever princípios gerais, como a igualdade de remuneração e a igualdade de oportunidades e tratamento entre homens e mulheres, sendo concebidas como normas mínimas. Os países individualmente podem ir mais além, oferecendo um nível de proteção mais elevado [...] (OIT, ABC, 2007, p. 13).

Cabe lembrar que as normas internacionais do trabalho são aplicadas à todas as trabalhadoras e todos os trabalhadores, porém algumas estabelecem direitos específicos para as mulheres e de igualdade gênero, uma vez que

[...] o conceito de igualdade, mais do que o da equidade de gênero⁸²⁶, procura atribuir igual valor e reconhecimento às diferentes naturezas, papéis e necessidades das mulheres e homens. Os papéis e as posições dos homens e das mulheres diferem significativamente em qualquer sociedade e estão condicionados não só pela perspectiva histórica, mas também pela situação atual (OIT, ABC, 2007, p. 16).

Como já demonstrado anterior, na maior das sociedades, as mulheres desempenham papéis específicos, como mães, donas de casa e prestadoras de cuidados básicos, fazendo com que, ao optarem também por um trabalho produtivo remunerado fora do espaço doméstico/familiar, acabam ocupando uma “[...] posição mais fraca no que concerne ao acesso ao emprego e à formação, à igualdade de remuneração, aos direitos à terra e a outros ativos de capital e à liberdade de movimentos” (OIT, ABC, 2007, p. 17).

Todas essas limitações impostas as mulheres devido à falta de igualdade de gênero, enquanto um Direito Humano Fundamental, apesar da proteção e promoção das normas internacionais e nacionais adotadas pela maioria dos Estados-membros da OIT, desde a sua criação – mesmo passados cem (100) anos –, ainda se observam altos índices de desigualdades e discriminações

825. A título exemplificativo, menciona-se a Comunidade Europeia, que adotou inúmeras Diretivas sobre a igualdade de remuneração, igualdade de tratamento no emprego, segurança social obrigatória, proteção da maternidade, licença parental, dentre outras.

826. A equidade de gênero significa justiça de tratamento para mulheres e homens, ou seja, igualdade de tratamento ou tratamento diferente, mas equivalente em termos de direitos, benefícios, obrigações e oportunidades.

em relação ao gênero feminino, que dificultam o acesso e a permanência no mercado de trabalho, em outras palavras

[...] a igualdade de gênero engloba a igualdade de oportunidades e de tratamento, a igualdade de remuneração e o acesso a um ambiente de trabalho seguro e saudável, a igualdade de associação e de negociação coletiva, a igualdade na progressão da carreira, a proteção da maternidade e um equilíbrio entre o trabalho e a vida familiar que seja justo para homens e mulheres (OIT, ABC, 2007, p. 97).

Portanto, para além da proteção e promoção dos direitos das mulheres trabalhadoras, se faz necessário, também, um outro instrumento, ou seja, um que permita a todas as mulheres e homens olharem para o Outro com o mesmo respeito e dignidade, o que pode ser possível por meio de uma vivência fraterna, ao reconhecerem o Outro, enquanto irmão e irmã da mesma família humana, estamos nos referindo ao Valor-Princípio Fraternidade, que a seguir será analisado neste estudo.

4. O VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO FACILITADOR PARA O EXERCÍCIO DA IGUALDADE DE GÊNERO

A busca por uma efetiva e plena igualdade de gênero, diferentemente dos direitos políticos, civis, e sociais já reconhecidos e protegidos constitucionalmente, nas sociedades modernas e contemporâneas ocidentais, também é um Direito Humano Fundamental, e a sua falta impede conseqüentemente, a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e profissão, basicamente para as mulheres trabalhadoras, pois continua sendo um obstáculo para uma adequada concretização de sua cidadania e do exercício de um trabalho decente/digno.

Esta situação de exclusão social marcada pelas desigualdades e discriminações entre os gêneros, no que se refere à inserção e participação no mercado de trabalho, nega as mulheres trabalhadoras os mesmos direitos garantidos e exercidos pelos trabalhadores masculinos, desconsiderando-se assim, o respeito à sua dignidade, enquanto ser humano.

Ao se introduzir a temática da Fraternidade como expressão da dignidade humana, e instrumento facilitador para a plena concretização da igualdade de gênero, se verifica que os Direitos Fundamentais Sociais para as mulheres

e trabalhadoras continuam a ser negados e ou violados, na maioria das vezes por conta de um discurso liberal ou neoliberal, onde em princípio todos são iguais perante a Lei, pelo menos no seu aspecto formal.

Destaca-se que as bases históricas da Fraternidade, enquanto conceito filosófico, estão diretamente vinculadas aos valores de Liberdade e Igualdade. Porém, foi com os acontecimentos políticos e sociais ocorridos na França do século XVIII, entre os períodos de 5 de maio a 9 de novembro de 1789, conhecidos como a Revolução francesa, que o lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, passou a ser difundido a partir de uma dimensão política, possibilitando sua recepção como princípios universais que influenciaram a criação de instituições e ideais no mundo ocidental contemporâneo com ênfase nos Direitos Fundamentais.

Entretanto, é possível se observar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, procurou garantir e proteger direitos individuais do homem e do cidadão enquanto sujeito e titular de direitos, “[...] mas não, os direitos das mulheres” (BARRANCO AVILÉS, 2010, p. 68). Significa dizer que as mulheres francesas, deste período - século XVIII -, até a metade do século XX, tiveram negados seus direitos políticos e civis, identificando-se a permanência de privilégios, desigualdades e discriminações em razão do gênero.

Esta afirmação tem por fundamento a presença de características formais adotada pelos legisladores que, tanto na elaboração das primeiras Declarações de Direitos, como nas Constituições liberais que surgiram após a Revolução francesa, utilizaram o termo/categoria homem como uma “[...] linguagem genérica masculina que ainda hoje é normalmente usada como caráter neutro” (ESQUEMBRE VALDÉS, 2010, p. 156).

Por esse motivo, convém lembrar as palavras de Baggio ao afirmar que os princípios-deveres da Liberdade e Igualdade foram desenvolvidos depois de 1789, transformando-se em categorias políticas, enquanto que o princípio da Fraternidade foi esquecido, deixado de lado (2009, vol.2, p. 9).

Permanecem em primeiro plano a liberdade e a igualdade [...] que, de algum modo, estão integradas entre si no seio dos sistemas democráticos. Liberdade e igualdade conheceram, assim, uma evolução que as levou a se tornarem autênticas categorias políticas [...]. A idéia de fraternidade não teve a mesma sorte. Enfim, o pensamento democrático a respeito da fraternidade manteve-se em silêncio (Baggio, 2008, Vol.1, p.8-9).

Desta maneira, a (re) descoberta do Valor-Princípio Fraternidade apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais ainda enfrentados pelas democracias ocidentais na atualidade, que

[...] deram alguma eficácia aos princípios da liberdade e da igualdade, mas é evidente para todos que esses princípios estão muito longe de sua plena realização. A fraternidade [...] no decorrer da história, foi adquirindo um significado universal, chegando a identificar o sujeito ao qual ela pode referir-se plenamente: o sujeito ‘humanidade - comunidade de comunidades’- o único que garante a completa expressão também aos outros dois princípios universais, a liberdade e a igualdade (Baggio, 2008, Vol.1, p. 14 e 21).

Para tal conjuntura se modificar é necessário que o Valor-Princípio Fraternidade deva ser vivenciado por todas e todos os membros de uma Comunidade, onde mulheres e homens possam exercer a sua cidadania por completo, já que “[...] a fraternidade é algo para ser vivido, porque somente vivendo-a ela pode ser compreendida [...]. A fraternidade é uma condição humana, [...] a ser conquistada, com o compromisso e colaboração de todos” (BAGGIO, vol.1, 2008, p.54).

Cabe esclarecer a opção por apreender a Fraternidade enquanto valor⁸²⁷, pois primeiramente foi utilizada como um dos lemas da Revolução Francesa de 1789, junto com os demais valores – Liberdade e Igualdade. Além disso, enquanto valor a Fraternidade é um bem relacional, que faz parte da consciência humana que necessita ser vivenciada, permitindo o exercício de uma vida digna para todas as pessoas. Sem contar que a Fraternidade é um valor universal, reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que em seu Artigo 1º declara que: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Por outro lado, esta dimensão relacional da Fraternidade, como valor, não está sozinha. Paralelamente a ela, colocamos a sua dimensão jurídica, enquanto princípio presente no Constitucionalismo moderno, quando algumas Constituições, de forma direta ou indireta começaram a inserir a Fraternidade, ora como valor, ora como princípio.

827. Recomenda-se a leitura da obra *Ética Material dos Valores*, de Max Scheler, que faz uma abordagem do valor no sentido ético, considerando-o também no contexto de uma psicologia das emoções. Nas emoções aborda a essência da simpatia, o amor e o ódio.

Desta maneira, o Valor-Princípio Fraternidade, a partir de uma dimensão relacional e jurídica, necessita ser vivenciado com responsabilidade, um dever do cidadão para com Outro cidadão, do cidadão para com a Comunidade, com a participação do Estado, melhor dizendo, um compromisso de todos os seres humanos e, de instituições públicas e privadas, que atuam em uma sociedade livre e plural para com o alargamento e concretização da Liberdade e da Igualdade, que ficam basicamente prejudicadas pela ausência do Valor-Princípio Fraternidade.

É importante lembrar que o Princípio da Liberdade abarca os direitos políticos e civis e o Princípio da Igualdade abrange os direitos sociais, econômicos e culturais. Porém, desde o início do Constitucionalismo moderno – de características predominantemente liberais e individualistas –, as primeiras Declarações de Direitos⁸²⁸, assim como as primeiras Constituições modernas – Americana de 1787 e a Francesa de 1791 –, negaram as mulheres os direitos políticos e civis, limitando a sua cidadania. Eram, portanto, cidadãs pela metade (inferiores, passivas), tratadas de forma discriminatória e desigual em razão de seu sexo e do gênero.

Aliás, tanto a Constituição Americana de 1787 – primeira Constituição escrita ocidental –, bem como a Constituição da França de 1791, formalmente deram maior ênfase aos Princípios da Liberdade e da Igualdade, deixando de lado, afastando, impedindo a incorporação do Valor-Princípio Fraternidade. Por exemplo, menciona-se que tanto as mulheres americanas como as francesas foram tratadas política e juridicamente de maneira desigual e discriminatória em relação aos homens (brancos e proprietários), que em ambas as Constituições tiveram garantidos todos os direitos civis e políticos⁸²⁹, ampliando dessa forma a desigualdade entre os gêneros.

Observa-se que uma das contradições que está presente desde o início do Constitucionalismo moderno que adotou critérios diferentes – baseados no sexo e no gênero –, para atribuir Direitos Fundamentais aos homens e as

828. Menciona-se exemplificativamente, a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 16 de junho de 1776, a Declaração de Independência das Treze Colônias Americanas de 4 de julho de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

829. Somente a partir do século XX as mulheres americanas e francesas tiveram o reconhecimento e a garantia dos direitos políticos. Em 1919 a Constituição americana aprovou a Emenda nº 19, que foi ratificada em 18 de agosto de 1920, estabelecendo: “O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado em razão do sexo”. Na França elas votaram pela primeira vez em 20 de abril de 1945, nas eleições municipais e, logo em seguida, em 21 de outubro de 1945, para escolher os deputados da Assembléia Constituinte. O voto das mulheres francesas se deu por meio do Decreto de 21 de abril de 1944 promulgado pelo general De Gaulle.

mulheres, direitos “[...] primeiro restritos e discriminatórios e depois mais abrangentes e tendencialmente universais” (ESQUEMBRE VALDÉS, 2010, p.136), que limitaram os Princípios da Liberdade e Igualdade de direitos para as mulheres nos seus mais diversos aspectos.

Ressalta-se que somente a partir dos séculos XIX e XX algumas Constituições ocidentais começaram a incluir o Valor-Princípio Fraternidade, citando-se, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, artigo 3º letra c; a Constituição da França de 1848, artigo IV, a Constituição da França de 1946, Preâmbulo e artigo 2º; a Constituição da França de 1958, (em vigor), Preâmbulo, artigo 2º e artigo 72-3; a Constituição Italiana de 1947, artigo 2º; a Constituição Portuguesa de 1976, Preâmbulo e artigo 1º; a Constituição da Espanha de 1978, artigo 2º e, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Preâmbulo e artigo 3º, I, dentre outras.

Machado, ao tratar sobre o tema Direitos de Fraternidade, aponta o advento do Constitucionalismo fraternal, ao citar a Constituição Federal brasileira de 1988, destacando que no texto foi contemplada uma “[...] moldura jurídico-constitucional de um Estado não mais comprometido com uma ideologia puramente liberal (Estado Liberal) ou social (Estado Social), ou até liberal-social, mas com a construção de um Estado Fraternal” (2017, p.134).

Em sua análise, Machado identifica que o compromisso presente no Preâmbulo constitucional é de todos, ou seja, inclui o Estado, o governo, o povo e demais segmentos da sociedade civil, fazendo com que sejam “[...] individual e conjuntamente responsáveis não somente pela construção de uma sociedade voltada à formação de nacionais ou, mesmo, cidadãos, mas sociedade de irmãos” (2017, p.134-135). Em outras palavras, “[...] uma sociedade fraterna (iguais em dignidade, irmãos em essência)” (MACHADO, 2017, p.135).

Por este motivo, uma relacionalidade fraterna pode ser uma forma de superação do discurso liberal e individualista, caracterizado pelos egoísmos particulares que, mesmo na atualidade, não deixam que na prática exista uma convivência voltada para o Outro, para o nosso, para o coletivo. E isso resulta no desrespeito à dignidade de todas e todos os seres humanos, principalmente, quando este tem por base as relações de gênero.

O que é necessário então? Que as pessoas reconheçam a si próprias e ao Outro como irmão, como membros da mesma família, não apenas aquela consanguínea, mas da família humana, da qual todas e todos nós fazemos parte. Melhor dizendo, significa reconhecer o Outro como irmão, “[...] o Outro tem

os mesmos direitos e deveres. A reciprocidade exige, dentro do possível, a estrita simetria entre as pessoas: não há direitos sem deveres, não há deveres sem direitos” (BARZOTTO, 2018, p.84).

Em vista disso, a vivência da Fraternidade, enquanto vínculo relacional, impõe a cada membro da comunidade uma responsabilidade de duas vias, em outras palavras, reciprocidade, isto é, “[...] quando a atitude de Fraternidade é assumida por todos os participantes de uma interação social, tem-se a Fraternidade como relação” (BARZOTTO, 2018, p. 85).

Desse modo, para que sejam viáveis mudanças efetivas e substanciais no que diz respeito ao reconhecimento e a garantia de uma igualdade de gênero entre todas e todos os trabalhadores, é fundamental que o Valor-Princípio Fraternidade seja vivenciado pelos membros da Comunidade como uma atitude de inclusão do Outro. E isso deve ocorrer em respeito às diferenças – sejam sexuais (biológicas) e de gênero –, onde os direitos individuais (do Eu, do Meu) possam ceder espaço, e incluir, também, os direitos que envolvem o conjunto da sociedade (de Todos, do Nosso, do Coletivo), assim como de seus deveres para com o Outro.

Sem o Valor-Princípio da Fraternidade persistirá o desrespeito à dignidade humana de todas as mulheres trabalhadoras, pelo não reconhecimento da igualdade de gênero. Isto é, seguirão existindo as desigualdades e discriminações praticadas às mulheres quando inseridas no mercado de trabalho – formal ou informal – que são visíveis concretamente, como demonstrados nos tópicos anteriores, inclusive com indicadores estatísticos nos quais as relações de trabalho exercidas no sistema capitalista de produção continuam sendo perversas para com as trabalhadoras.

O abismo que separa as desigualdades e discriminações pela falta de igualdade de gênero pode ser rompido/quebrado por meio da Fraternidade – priorizada como fundamento de todos os direitos. O que, então, possibilitará a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e de qualificação profissional para todas as trabalhadoras, independentemente de seu sexo e gênero, rompendo todos os limites sociais, culturais e jurídicos que persistem na sociedade brasileira – e mesmo internacional ocidental –, que negam às mulheres trabalhadoras o Direito Humano Fundamental Social ao trabalho decente/digno.

É necessário mudar. Tanto os comportamentos como os compromissos para com o Outro, principalmente em relação às mulheres; este coletivo vulnerável

que segue sendo tratado de forma desigual e discriminatória quando busca o direito de acesso ao mercado de trabalho. Espera-se que o Valor-Princípio Fraternidade seja um facilitador, um instrumento que viabilize o reconhecimento e o exercício de uma plena igualdade de gênero, pois trata-se de um Direito Humano Fundamental que precisa urgentemente ser vivenciado por todas as cidadãs e por todos os cidadãos, que também são irmãs e irmãos, em respeito a dignidade humana do Outro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do tema proposto analisou a falta de igualdade de gênero enquanto um Direito Humano Fundamental que afeta diretamente a maioria das mulheres trabalhadoras, seja no trabalho produtivo formal ou informal, ficando demonstrado que as desigualdades e discriminações sofridas pelas mesmas ainda estão presentes no século XXI.

Muitos fatores – sociais, culturais, jurídicos e políticos – têm contribuído para a manutenção das desigualdades e discriminações em relação às mulheres quando conseguem optar, ou por uma questão de sobrevivência, sair do espaço doméstico/familiar para atuar mesmo que em tempo parcial e precário e com uma remuneração inferior aos homens, se deparando com a falta de igualdade de gênero, cujas dificuldades na prática são enfrentadas no dia a dia, pois têm que lutar para obter a mesma igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego e na profissão que naturalmente são exercidas pelos homens.

Constatou-se que as questões relacionadas com o gênero – normas, valores, conceitos e práticas sociais e culturais – seguem ampliando de forma negativa as diferenças biológicas (reprodutivas) entre as mulheres e os homens, principalmente no que se refere a inserção no mercado de trabalho, identificando que, tanto na análise teórica do tema, como em relação aos dados e indicadores estatísticos utilizados, os homens recebem uma melhor remuneração e formação profissional quando comparados às mulheres trabalhadoras.

Portanto, não se trata apenas de uma divisão sexual do trabalho, mas de uma divisão do trabalho por gênero, que corresponde ao papel social e as relações sociais construídas que foram e ainda são atribuídas às mulheres e aos homens, levando a uma divisão de tarefas na vida privada, na qual as mulheres seguem com a maior carga do trabalho não remunerado, executando inúmeras atividades domésticas, familiares e de cuidados.

Apesar de todas as dificuldades, observou-se uma crescente participação das mulheres no mercado de trabalho, comprovada pelos indicadores estatísticos divulgados nos últimos anos, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), bem como pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), que reafirma um melhor desempenho das mulheres no crescimento da população ativa. Porém, este dado positivo não tem impedido um tratamento desigual e discriminatório, principalmente no que se refere às diferenças salariais, embora as mulheres apresentem maiores índices de escolaridade.

No que se refere a Organização Internacional do Trabalho (OIT), desde sua criação foi possível examinar a preocupação especial na proteção e promoção dos direitos das mulheres e da igualdade de gênero, por meio dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos a partir de suas Convenções e Recomendações, ratificando que, para a OIT, a igualdade de gênero é uma demanda fundamental de Direitos Humanos, de Justiça Social e de Desenvolvimento Sustentável.

Além da OIT, a proteção e a promoção da igualdade entre mulheres e homens fazem parte dos conceitos fundamentais de Direitos Humanos também reconhecidos por outros instrumentos internacionais, que foram mencionados exemplificativamente no texto. Porém, pela sua importância a nível global, fizemos um recorte temático para tratar da Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres), criada em 2010, que reconhece as questões de gênero e igualdade reais nas vidas das mulheres e meninas como um procedimento de alcance mundial.

Desta maneira, se averiguou que, há mais de cem anos, a OIT, por meio das normas internacionais do trabalho, dos acordos internacionais e de outros instrumentos pertinentes, tem conseguido influenciar os Estados-membros a criar uma legislação específica – legislação ordinária e constitucional – que proíbe a discriminação e promove a igualdade no trabalho. No entanto, apesar de alguns avanços legislativos internacionais e nacionais, inclusive alguns supranacionais, como, por exemplo, das Diretivas da Comunidade Europeia – os mesmos não têm sido suficientes para efetivar/concretizar uma plena igualdade de gênero.

Ou seja, se faz imprescindível, também, um outro instrumento, um que permita a todas as mulheres e homens olharem para o Outro com o mesmo respeito e dignidade, o que pode ser possível por meio de uma vivência fraterna, ao reconhecerem o Outro, enquanto irmão e irmã da mesma família humana,

por meio do Valor-Princípio Fraternidade, como um instrumento facilitador para se alcançar uma real igualdade de gênero.

Como demonstrado, adota-se a expressão Valor-Princípio Fraternidade, pois foi utilizada como um dos lemas da Revolução Francesa de 1789, junto com a Liberdade e Igualdade. Enquanto valor, a Fraternidade é um bem relacional que faz parte da consciência humana, mas que necessita ser vivenciada. A Fraternidade é também um valor universal reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Todavia, esta dimensão relacional da Fraternidade não está sozinha, pois, também a ela, colocamos a sua dimensão jurídica, presente desde o início do Constitucionalismo moderno. Em outras palavras, o Valor-Princípio Fraternidade necessita ser vivenciado com responsabilidade, um dever do(a) cidadão(ã) para com Outro(a) cidadão(ã), do(a) cidadão(ã) para com a Comunidade, com a participação do Estado, um compromisso de todos os seres humanos.

Desse modo, ao assumir este compromisso com responsabilidade em relação ao Outro, o Valor-Princípio Fraternidade pode se transformar em um instrumento facilitador de respeito as diferenças – biológicas e de gênero – para permitir o reconhecimento da igualdade de gênero, por todas e todos os cidadãos como um Direito Humano Fundamental, que não pode mais ser negado às mulheres, pois dessa igualdade dependem outras igualdades.

Em vista disso, a vivência do Valor-Princípio Fraternidade, enquanto uma nova relacionalidade, inclusive em sua dimensão jurídica, contribuirá para um justo equilíbrio que favoreça a igualdade de oportunidades, a igualdade de tratamento no emprego e na profissão, a igualdade de qualificação profissional, a representação e voz de cada mulher e de cada homem, fortalecendo, assim, as relações sociais, a convivência, e a participação de todas as mulheres no mercado de trabalho, como meio de assegurar uma vida digna e um trabalho decente.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antonio Maria (org). A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. *In: O princípio esquecido - A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. São Paulo: Cidade Nova, 2008, vol.1.

BARZOTTO, Luis Fernando. Fraternidade: Uma aproximação conceitual. *In: Direito e Fraternidade: em busca de concretização*. Organização [de] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABOARNDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Aracaju: EDUNIT, 2018.

COLÁS BRAVO, María Pilar. La Construcción de una Pedagogía de Género para la Igualdad. **In: Mujer y desarrollo en el siglo XXI: Voces para la Igualdad.** María Angeles Rebollo; Inmaculada Mercado (Coordinadoras). España: McGRAW-HILL, 2004.

CONNEL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global.** Tradução e revisão técnica Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

CRUZ, Maria Helena Santana. **Percursos, Barreiras e Desafios de Estudantes Universitários de Camadas Populares no Ensino Superior na UFS/Sergipe/Brasil (2008).** In: **Gênero e Trabalho: diversidade de experiências em educação e comunidades tradicionais.** Organizadoras: Maria do Rosário de Fática Andrade Leitão e Maria Helena Santana Cruz. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2012, p.28-29.

ESQUEMBRE VALDÉS, María del Mar. Ciudadanía y Género. Una reconstrucción de la tríade de derechos fundamentales. **In: Género y Derechos Fundamentales.** Cristina Monereo Atienza; José Luis Monereo (Directores y Coordinadores). Granada (España): Comares, 2010.

GUEDES, Priscila Dal Ponte Amado. A Fraternidade entendida como categoria jurídica, essencial para no Estado Democrático de Direito. **In: Direito e Fraternidade: em busca de respostas.** Gabriel Guedes; Priscila Dal Ponte Amado Guedes; Luciane Cardoso Barzotto (Organizadores). Porto Alegre: Sapiens, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de Género – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil – Estudos e Pesquisas.** Informação Demográfica e Socioeconômica, nº 38, 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP) - Censo Escolar e Censo da Educação Superior – 2019. Disponível em: portal.inep.gov.br/censo-escolar Acesso em: 14.03.2020

NAÇÕES UNIDAS – BRASIL (2020). **Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Género e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres) – 2010.** Disponível em: nacoesunidas.org Acesso em: 04.04.2020

NADER, Maria Beatriz. **Mudanças Econômicas, Mulher e Casamento em Vitória – 1970-2000.** Trabalho apresentado no XIII Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, realizado em Ouro Preto, Minas Gerais (BRASIL), de 4 a 8 de novembro de 2002.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como categoria Jurídica - Fundamentos e Alcance.** Curitiba: Appris, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - **ABC dos Direitos das Mulheres Trabalhadoras e Igualdade de Género.** 2.ed. Genebra: Organização Internacional do Trabalho - OIT, 2007.

INSTRUMENTALIZAÇÃO DE VULNERÁVEIS PARA PESQUISAS

MARIA AUXILIADORA MINAHIM⁸³⁰

NATALIA PETERSEN⁸³¹

1. INTRODUÇÃO

As relações sociais são pautadas no plano normativo pelo ideal de respeito e reconhecimento de cada qual como um par, um igual. A vida do outro é considerada intangível e dotada dos atributos da dignidade e da autonomia predicados que pretendem honrar a espécie. Ocorre, todavia, que as pessoas são expostas a situações que podem desencadear debilidades em sua autonomia, seja por problemas cognitivos, disfunções ou alterações orgânicas (dentre as quais se inclui o envelhecimento), exclusão social ou econômica. O foco do estudo é a utilização de idosos, presos e econômica e socialmente carentes como cobaias em pesquisas. São circunstâncias, diante das quais cabe, mais intensamente, o reconhecimento do outro como sujeito de direitos, mas sua fragilidade pode ser instrumentalizada em favor de interesses diversos. É nítida a contradição estabelecida entre a prática e o discurso que, por abuso de direito, pretende contornar as regras jurídicas estabelecidas para fazer pesquisas sobre parcelas vulneráveis da população. No plano jurídico, todavia, a dignidade humana, fundamento de todos os direitos, e a vida, bem fundamental sem o qual não há que se falar em dignidade, são bens que continuam sendo considerados invioláveis. O trabalho tem como objetivo desvelar situações que, em plena era de direitos, são toleradas e

830. Professora Titular de Direito Penal na UFBA. Doutora em Direito das Relações Sociais UFPR.

831. Mestre e Doutora em Direito pela UFRJ. Doutora pela UFBA. Doutora e Mestre em Direito pela UFBA. Advogada em Direito Médica.

repetidas mesmo ao arrepio de construções garantidoras da intangibilidade da vida humana.

2. O DIREITO ABSOLUTO À VIDA

Aprende-se que o direito à vida é um direito absoluto. A afirmação compreende o direito do titular, à própria vida, o dever do estado de protegê-la e o dever de abstenção dirigido a todos, inclusive ao Estado, de não praticar atos que atinjam a vida. Assim, ela seria indisponível mesmo para seu portador que, ademais, pode demandar a todos o dever de renúncia a atos que atentem contra esse bem.

Ocorre que, mesmo nessa perspectiva normativa há exceções abertas ao seu ataque pelo próprio direito. Num jogo de palavras, diz-se que o direito à vida é absoluto enquanto direito, mas isto não significa respeito absoluto a este valor na medida em que o próprio sistema jurídico abre espaços para certas formas de ataque a esse bem⁸³². Exemplo concreto é o oferecido pela própria Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVII, que admite aplicação de pena de morte em casos de guerra declarada. Da mesma forma ocorre com a relativização proporcionada pelo instituto da legítima defesa, e pelas demais excludentes de ilicitude. O suicídio é outra forma de destruição da vida permitida pela ordem jurídica cuja tolerância esteve mais ligada a razões de política criminal (desnecessidade da pena) e menos a questionamentos filosóficos sobre a disponibilidade sobre a própria vida.

Pode-se concluir, portanto, que nenhum direito é intangível porque pode ser relativizado, por exceção, em situações autorizadas pela ordem jurídica. Dessa forma, o princípio do respeito absoluto à vida pode ser afastado para que outro princípio seja exercido em sua plenitude, ou seja, adota-se aquele cuja aplicação proporcione um maior ganho conforme as expectativas abrigadas pelo sistema jurídico e os valores éticos. Essa interpretação poderá ser guiada pelo meta critério da proporcionalidade e seus princípios orientadores: adequação, necessidade (restrição ao excesso, ou seja, a convocação do princípio aplicado não deve importar em restrição muito grande daquele que foi preterido) e proporcionalidade em sentido estrito que envolve uma análise da relação custo benefício do princípio escolhido em relação ao afastado.

832. MESTIERI, João. *Curso de direito Criminal*. São Paulo: Alba, 1979, p.30.

Ocorre que esta última reflexão pode ser fundamentada, e o é em grande parte das vezes, em razões utilitaristas. Em muitas situações a violação da vida - e da saúde que permite sua fruição enquanto direito - se dá de forma silenciosa, insidiosa, através da instrumentalização dos mais vulneráveis com o fim de obtenção de benefícios para a população socioeconomicamente dominante.

Ocorre, na verdade, como salienta Roselló⁸³³, que a vulnerabilidade faz outro tipo de apelo, ela solicita uma relação de não indiferença, de acolhida e de solicitude.

Curiosamente, todas as violações à vida, pela submissão de vulneráveis à condição de coisa, seja pelo descarte, seja pelo uso que deles se faz, convivem com discursos asseguradores de direitos, respeito às diferenças e solidariedade. São cada vez mais frequentes as declarações e pactos internacionais que pretendem garantir ao consideração a cada pessoa que integra a comunidade humana. Pode-se lembrar desde a de Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Universal dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) Regras de Beijing, Declaração dos Direitos Criança e muito outros cuja missão é a de promover a fraternidade e o igual uso de recursos sustentáveis para todos. É possível que a quantidade de normas estabelecidas corresponda à mesma falta de compromisso com seu cumprimento, daí que se desdobrem em quantidade e em especificidade.

O fato é que tudo indica que, a não ser no âmbito do direito formal, não existam direitos absolutos, uma vez que, mesmo o menosprezo à dignidade – atributo que nos faz humanos – são realizadas por negligência do Estado, desinteresse ou preconceito da sociedade.

3. VIOLAÇÃO E PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE

Um espaço recorrente de abuso dos mais frágeis é o da pesquisa na área de saúde, na medida em que apenas algumas poucas pessoas realmente se voluntariam para submeter-se a riscos desconhecidos.

Durante muito séculos, o médico teve um controle quase absoluto na relação com seu paciente, fosse pelo poder que detinha, fosse pela confiança

833. ROSELLÓ Francesc Torralba. Ideias de dignidade. Uma exploracion filosocfica. Em: Martinez, Julio Perrotin Catherine, TORRABA, Francesc. Repensar la dingidad humana. San Salvador: Milenio, 2005, p. 15-92.

nele depositada. Após a Segunda Guerra Mundial, todavia, a relação médico-paciente, até então com forte cunho paternalista⁸³⁴, restou sensivelmente abalada em sua estrutura, quando se tornaram públicas as pesquisas desumanas desenvolvidas por médicos nazistas com prisioneiros em campos de concentração. Byrd⁸³⁵ lembra as experiências de congelamento e mutilação de membros de prisioneiros para que fossem descobertos tratamentos para queimaduras resultante de exposição extrema ao frio. Os presos tinham os braços expostos e molhados regularmente com água até congelarem. Os médicos procediam da mesma forma com as pernas até que, após cada amputação, restasse apenas a cabeça e o torso. A vítima era então usada para experimentos com pestes e patógenos.

No campo de concentração Nazista de Auschwtiz, Miklos Nyisli, médico judeu recrutado compulsoriamente, destaca que diariamente corpos de prisioneiros eram enviados para que fossem abertos, analisados e retalhados. Eram ciganos, alemães portadores de necessidades especiais, prisioneiros soviéticos e judeus para execução de “estudos”. Os corpos eram posteriormente enviados para que fossem abertos e necropsiados, visando o melhor conhecimento dos processos patológicos que afetam a espécie. Crianças eram também vítimas desses procedimentos, sendo muitas vezes deliberadamente mortas para que seus corpos fossem submetidos a investigações⁸³⁶.

Na Unidade 731 do campo de concentração japonês, experiências praticadas, em sua maioria com prisioneiros chineses, incluíam infecção deliberada com bactérias, exposição a frio, radiação e pressões intensas, bem como vivisseção em pessoas vivas e conscientes, ultrapassando surpreendentemente o limite de outras ações cruéis já praticadas contra a raça humana⁸³⁷.

Constatou-se, após estes episódios, que assim como os demais seres humanos, os médicos eram também capazes de condutas impiedosas, violando

834. O paternalismo parte do princípio de que um dos sujeitos possui maior capacidade e conhecimento, atuando em relação ao outro como se fosse um pai em relação aos seus filhos, sempre no sentido de executar as melhores ações, dirigidas à produção de seu bem estar, sem que necessariamente este sujeito precise participar da tomada de decisão ou concordar.

GRECO, Dirceu. WELSH, James. Direitos humanos, ética e prática médica. Revista Bioética. Vol. 24(3), 2016 – p. 443-451. p. 446. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0443.pdf>

835. DEAN, Gregory. *General Ishii Shiro: His Legacy is that of a Genius and Madman. Electronic Theses and Dissertations*. Paper 1010. Disponível em: <https://dc.etsu.edu/etd/1010>. 2005.

836.

837. GRECO, Dirceu. WELSH, James. Direitos humanos, ética e prática médica. Revista Bioética. Vol. 24(3), 2016 – p. 443-451. p. 446. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0443.pdf>

o juramento de Hipócrates, para satisfazer o interesse de alguns em detrimento da vida de outros.

Diante de tal realidade, em 1946, elaborou-se o Código de Nuremberg, estipulando princípios éticos básicos para a experimentação com seres humanos, dentre os quais podem ser enumerados o da voluntariedade da participação nos estudos, o da autodesignação autônoma do paciente, o da produção de benefícios ao experimentando e o da análise de risco prévia ao estudo com a finalidade de evitar a produção de consequências danosas, com sofrimentos desnecessários⁸³⁸.

Ocorre, todavia, que, de acordo com os estudos de Débora Diniz e Dirce Guilhem⁸³⁹, o referido instrumento normativo não foi suficiente para que os abusos em sede de experimentos cessassem, fato este denunciado por Henry Beecher, na década de sessenta, segundo o qual havia parte significativa de pesquisas realizadas com humanos, nos Estados Unidos da América, que não respeitavam critérios mínimos de ética, tampouco os princípios elencados pelo diploma normativo retro citado.

Tomou-se conhecimento de estudos levados a cabo naquele país, a exemplo daquele de Tuskegee⁸⁴⁰, que envolveram a observação do desenvolvimento de sífilis em pessoas negras e pobres sem lhes dispensar qualquer tratamento; os realizados em Willowbrook, uma escola para crianças portadoras de retardo mental, que consistiam em inoculação de vírus da hepatite⁸⁴¹ e, ainda, a exposição de crianças com retardo mental, internadas na Escola Fernald State⁸⁴², a radiação para acompanhar a absorção de cálcio e ferro pelo organismo humano, causaram perplexidade. Tais fatos denunciaram o abuso nas experiências com vulneráveis.

Como bem destaca Marcio Hernández, o Relatório Belmont foi impulsionado sobretudo pela descoberta da referida investigação sobre a sífilis que foi levada a cabo pelo sistema público de saúde norte americano e desencadeou centenas de morte. O projeto durou cerca de quatro décadas (dos anos

838. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>. Acesso em maio/2020

839. DINIZ, Débora. GUILHEM Dirceu. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2007. Passim

840. ROTHMAN, David J. Were Tuskegee and Willoubrook Studies in Nature? *The Hasting Center Report* vol. 12, nº 2, abr. 1982, pp.5-7. p.5. Disponível em: <http://jstor.org/stable/3561798>. Acesso em: 21 maio 2019

841. O fim da experiência era o de comprovar se os anticorpos extraídos de uma pessoa infectada por hepatite injetados em uma pessoa não infectada, tornariam essa pessoa imune à doença ou sujeita a formas mais brandas caso as contraíssem. Disponível em: <https://eticaemconflito.wordpress.com/pesquisas-com-hepatite-na-escola-estadual-de-willowbrook>. Acesso em 21 maio 2019.

842. Disponível em: <https://ahrp.org.1944-1956-radioative-nutricitions-experiments>. Acesso em 21 maio 2019.

trinta aos anos setenta), durante a qual diversos indivíduos foram privados de tratamentos já existentes para a cura da infecção, com a finalidade de propiciar o estudo acerca da evolução da enfermidade. Além disso, ao que consta nos registros históricos, nenhum dos sujeitos tinha conhecimento que fazia parte de um estudo, sabendo apenas que eram portadores de uma enfermidade, mas foram privados do tratamento através da penicilina, acessível desde 1940⁸⁴³.

Não fosse suficiente, em meados dos anos quarenta, o governo americano em conjunto com o da Guatemala, conduziu experimentos sobre doenças sexualmente transmissíveis sem obedecer a qualquer pauta ética. Além da produção de infecção de soldados, prisioneiros, prostitutas e pessoas com transtornos mentais por inoculação direta, os experimentos envolviam a contratação de profissionais do sexo contaminadas com sífilis, gonorreia ou cancroide, para que mantivessem relações sexuais com prisioneiros, com o intuito de analisar os efeitos da penicilina no tratamento destas enfermidades. Em nenhuma das situações o consentimento informado fora tomado⁸⁴⁴.

Acerca de situações dessa natureza, David Rothman afirma que o julgamento dos médicos nazistas não produziu o efeito que deveria ter produzido, inibindo condutas criminosas e antiéticas. Tal teria ocorrido porque as pessoas, de modo geral, não supunham que médicos comuns pudessem praticar atos com as características daqueles realizados pelos nazistas. Em suas palavras, “[...] eles acreditavam que os experimentos bizarros e cruéis não haviam sido produzidos por cientistas e médicos, mas por oficiais sádicos”⁸⁴⁵.

Já em 1964, a Declaração de Helsinque, produzida a partir de considerável influência do Código de Nuremberg, recomendou a criação de comissões independentes para avaliação dos estudos com humanos, seguida em 1974, pela *Nacional Research Act*, norma criadora da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Essa Comissão tinha a incumbência de produzir um documento com diretrizes para a garantia da implementação de pesquisas sob o crivo de princípios éticos, resultando no conhecido Relatório de Belmont⁸⁴⁶, publicado em 1979. Esse

843. GRECO, Dirceu. WELSH, James. Direitos humanos, ética e prática médica. Revista Bioética. Vol. 24(3), 2016 – p. 443-451. p. 448. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0443.pdf>

844.

845. Rothman, David J. *Strangers at the Bedside: a History of how Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making*. USA. Basic Books, 1991. IN Op. Cit, 17.

846. FERRER, Jorge José. ALVAREZ, Juan Carlos. Para fundamentar bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. p.73.

relatório trouxe, em seu corpo, princípios orientadores da ética em pesquisa, quais sejam: o respeito pelas pessoas (autonomia), a beneficência e a justiça, os quais possuem notória inspiração nos dispositivos apresentados em Nuremberg. Tais documentos representavam a indignação dos cidadãos diante dos fatos recém descobertos

Não obstante essa e outras normatizações sobre a proteção ao voluntário em pesquisa, em 2003, teve-se conhecimento de experiência mais próxima sobre malária, realizada pelo Instituto de Estudos e Pesquisas do Amapá (IEPA) e pela Universidade da Flórida. Nesta investigação, a pessoa deveria deixar-se picar por mosquitos nos braços ou pernas em troca de remuneração de R\$ 12,00 por noite. A pesquisa foi suspensa pelo Ministério Público porque atentava contra Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e contra o Código de Nuremberg já referido. Ademais, foi considerado que o consentimento fora obtido sem esclarecimentos suficientes, sobretudo apreciando a condição de ser a população escolhida semianalfabeta⁸⁴⁷.

4 . AUTONOMIA DOS PARTICIPANTES

A autonomia, a partir da década de oitenta, passou a assumir um espaço importante na Bioética, compreendida como princípio capaz de pôr limites às intervenções abusivas no ser humano. É considerada como pré-requisito para o exercício da moralidade e, só através do respeito a essa condição, será possível legitimar uma intervenção sobre terceiros.

Para Kant, o maior artífice do conceito, autonomia é o uso da vontade para cumprir a lei moral capaz de ser conhecida através da razão. Tal ocorre em razão do livre arbítrio, ou seja, pela capacidade de, tendo conhecido o bem, poder realiza-lo por decisão própria e não de terceiros (*auto nomos*). Segundo o filósofo⁸⁴⁸, “autonomia é liberdade da vontade, a vontade é, em todas as ações, uma lei para si mesma”.

No campo da relação médico paciente, é também a deferência a esse atributo que pode viabilizar a simetria desejada nessa relação.

847. Conforme BUARQUE, C. *Relatório sobre o caso das cobaias humanas no Amapá*. Disponível em: <<http://www.mp.ap.gov.br/noticia/leiamais.php?codnoticia=298>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

FAIVRE, Anne-Sophie Le Cader,. *Le coronavirus, les tests de vaccins et l'Afrique: où en est-on?* Disponível em: <https://factuel.afp.com/le-coronavirus-les-tests-de-vaccins-et-lafrique-ou-en-est>

848. KANT, Emanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 94.

Não há um processo seguro que permita determinar infalivelmente se uma pessoa dispõe ou não de autonomia. Como diz Becky White⁸⁴⁹, a capacidade para consentir requer uma série de outras capacidades, que podem ser agrupadas em quatro categorias: capacidade cognitiva e afetiva, capacidade de absorver a informação que lhe é prestada, capacidade para fazer escolhas e capacidade para reconstruir o próprio processo decisório. Para aceitar uma manifestação de vontade como efetiva concretização de autonomia, o pesquisador ou o médico teriam que conferir todos esses atributos, o que é uma tarefa praticamente impossível.

A dificuldade em estabelecer um limite rígido entre pessoas autônomas e pessoas não autônomas, ou melhor entre decisões autônomas e não autônomas, em face das múltiplas camadas de qualidades que compõem seu sentido, cria uma zona cinzenta na qual, a não ser arbitrariamente, decide-se em um ou outro sentido. Imagine-se um atleta olímpico que fratura o braço e que percebe, pela extensão da lesão que não poderá mais competir, negando seu consentimento para cirurgia. Ou, uma mulher claustrofóbica que, se vendo presa em quarto pequeno, pede ajuda para morrer. Trata-se, em ambos os casos, de pessoas pressionadas por circunstâncias que lhe afetam a capacidade de decisão.

De outro lado, a capacidade afetiva íntegra pode levar um portador de Alzheimer a desejar voltar para junto de seu parente, mesmo sendo este incapaz de lhe dispensar os cuidados necessários, mas em cuja companhia prefere viver.

O Relatório Belmont já se referia a pessoas saudáveis, em tese autônomas, cujas decisões padecem dessa qualidade, restringindo sua participação em experimentos. Há menção expressa no documento aos prisioneiros que, por estarem em situação de isolamento e cerceamento de liberdade, podem ser conduzidos à aceitação de doação ou a investigações científicas. Há notícias, por exemplo que, na China, grande parte dos órgãos destinados a transplantes provêm de prisioneiros executados. O Tribunal Popular Supremo em face da divulgação do fato, afirmou que as doações são voluntárias. No entanto, o *Human Rights* para a China afirmou que os métodos de obtenção dos órgãos não são claros e que as autoridades da prisão obtêm diretamente do

849. WHITE, Becky Cox. Competence to consent. Washington: Georgetown University Press, 1994. Pp. 44-53;

condenado o consentimento, obrigando os presos a assinarem o documento de doação⁸⁵⁰.

Note-se que tal dispositivo no Relatório, acerca da participação de sujeitos vulneráveis em pesquisas decorre do fato da reiterada submissão de pessoas nessa situação para experimentos, porque são mais facilmente manipuladas, e porque integrarem grupos que dificilmente identificarão os riscos ou se insurgirão contra eles.

4.1 AUTÔNOMOS VULNERÁVEIS

Beauchamp e Childress⁸⁵¹, dois filósofos norte-americanos, ao desenvolverem seus estudos sobre ética biomédica conduzem a aplicação dos princípios para além do campo da pesquisa sobre humanos, tornando conhecido o chamado sistema *principialista* para orientar ações nessas áreas. Propondo uma equivalência relativa entre as virtudes e os princípios, operam a transformação destes em quatro, distinguido beneficência e não-maleficência que se referem respectivamente à ideia: de realizar ações que beneficiem os outros e abster-se de ações que causem lesões às pessoas. No que diz respeito aos sujeitos da pesquisa, referem-se à obrigação, por exemplo, de não causar danos, para tanto utilizando procedimentos de baixo risco – não maleficência - e, de por outro lado, àquela de prestar auxílio a quem foi lesado no decorrer da pesquisa - beneficência. A não maleficência preponderaria sobre a beneficência, embora os autores alertem que não é possível estabelecer por antecedência a prioridade de um, sobre outro princípio.

O quarto princípio, o da justiça, pode ser, abreviadamente, compreendido como um tratamento justo para todas as pessoas na área de saúde. Como esse trabalho não comporta uma teoria da justiça, pode-se apenas lembrar um dos possíveis sentidos que lhe foi atribuído, o de equidade, cujo uso, mesmo se pensando em recursos escassos, permitiria cada pessoa partilhar das conquistas científicas. Até o ano 2000, apenas o Relatório americano se

850. COHEN, Claudio, BUCCI Daniela A doação compulsória de órgãos e os prisioneiros condenados à morte: uma análise sob o ponto de vista da bioética. *Revista de Bioética*. Brasília: Conselho federal de Medicina, 2011; 19(2): 383 – 96. O Partido e a profissão: abuso de transplante de órgãos na China. A profissão global de transplante tem, lamentavelmente, se tornado parte do problema. Disponível em: <https://www.epochtimes.com.br/partido-profissao-abuso-transplante-orgaos-china/> Acesso em: 5 jul. 2020.

851. BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. *Princípios de Ética Biomédica*. (4 ed.) São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 210-211.

⁷ALBUQUERQUE, Aline Para uma ética em pesquisa fundada nos Direitos Humanos. *Rev. Bioética*, Brasília: CFM. 2013; pp. 412-22, p. 416.

referia a este princípio, mas então foi adicionado à Declaração de Helsinque com o sentido de justa distribuição dos benefícios, entendendo-os às pessoas que participou da pesquisa.

Deve-se ressaltar que o fato de o princípio da justiça ter sido inserido em Normas Internacionais não trouxe maior segurança para os vulneráveis uma vez que continuaram frequentes os ensaios e testes com populações de regiões mais pobres na medida em que estes têm padrões regulatórios mais frágeis e custos indenizatórios mais baratos.

4.2 VULNERABILIDADE ACRESCIDA

A palavra vulnerabilidade é derivada da expressão “vulnerabilis” que, em latim, remete à aquele que causa lesão, bem como à palavra “vulnerable” que indica o indivíduo que ocupa o polo passivo da lesão, de modo que o vulnerável seria aquele que pode ser ferido, lesionado, machucado. Todavia, em que pese sejamos todos vulneráveis, frente à condição universal que atinge a todos os seres humanos, nem todos são atingidos igualmente com tais susceptibilidades, tampouco reagem de maneira igualitária a tais circunstâncias⁸⁵².

Miguel Kotow⁸⁵³ assevera que a vulnerabilidade constitui atributo antropológico decorrente da condição biológica e existencial do ser humano, que se encontra em constante risco de danos. Fala também em pessoas vulneradas, que seriam as mentalmente, biologicamente ou socialmente fora do padrão mínimo de normalidade, pois se tornam especialmente susceptíveis e predispostos a danos adicionais.

A ideia de vulnerabilidade, assim como a de autonomia, está associada ao próprio ser humano como condição que lhe é inerente e que pode alterar impositivamente sua tomada de decisão, obstando o exercício de sua plena liberdade. Reconhece-se, ademais que, além da vulnerabilidade como condição, há aquelas que são acrescidas. As vulnerabilidades acrescidas, precisam ser ponderadas quando se indaga sobre a autonomia, conforme já reconhecia o Relatório Belmont, que admitiu a necessidade de proteção dos sujeitos que apresentam a autonomia de forma diminuída.

852. LINS, Emmanuela Vilar. *As dimensões da vulnerabilidade humana: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007, p. 12.

853. KOTOW, Miguel. *Participación informada em clínica e investigación biomédica: las multiples facetas de la decisión e el consentimiento informados*. Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2007, p.43.

Tais vulnerabilizações possuem diversas faces, podendo se apresentar como susceptibilidades físicas, econômicas, educacionais, psicológicas, afetivas, políticas, religiosas, geográficas, históricas, institucionais, dentre outras. Além disso, não se pode ignorar a possibilidade de ocorrência de mais de um tipo de circunstância vulnerabilizante ao mesmo tempo em um único indivíduo, interferindo decisivamente no rumo de sua vontade. Com esse conhecimento há que se refletir sobre a inteira autonomia do “voluntário” em pesquisas.

Emmanuela Lins⁸⁵⁴ trata sobre alguns fatores capazes de afetar a autonomia individual, tais como, debilidade cognitiva, presença de autoridade ou estado de submissão, alterações orgânicas e exclusão social. Além destas, exatamente pelo déficit de que padecem, muitos ainda são alvo de vulnerabilidades afetivas e psicológicas devido ao abandono de suas famílias, parentes e falecimento de seus amigos, deixando-os mais propensos à decisões desesperadas e desapegadas. Assim, não é temeridade afirmar que são compelidos, quando consultados a participar de pesquisas pelo impulso de se sentirem úteis e valiosos à sociedade que os abandonou e os fizeram parecer apenas dispendiosos.

As vulnerabilidades geográficas destacam-se pelas diversas fragilidades que apresentam. A primeira delas está relacionada ao fato de que países subdesenvolvidos possuem sistemas de saúde menos eficientes e quadros institucionais assolados por eventos recorrentes de corrupção, que reduzem a capacidade de atendimento a cada região devido ao mal emprego do dinheiro público e aos diversos desvios sofridos ao longo do percurso. Tais circunstâncias geralmente são agravadas pela vulnerabilidade educacional, econômica e política da população desses lugares. O segundo fator é que pessoas nascidas em tais regiões comumente são vistas como subumanos, menos dignos e menos valiosos como resultado da herança escravocrata dos brancos europeus que não foi extinta completamente. Assim, o cuidado na execução de experimentos deve ser redobrado e a pesquisa constantemente fiscalizada, haja vista que a experiência já demonstrou o recorrente desrespeito a princípios humanitários em estudos clínicos realizados em continentes como África, Ásia e América Latina. Os testes de HIV na África tornaram claro que os sujeitos submetidos à pesquisa arcaram com os ônus dos estudos,

854. VILAR, Emmanuela. As dimensões da vulnerabilidade humana: como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico ... op. cit., p 110-121.

pouco usufruindo dos bônus⁸⁵⁵. A escolha de regiões do continente repita-se, deve-se à situação de indigência econômica de muitos países africanos que coloca seus cidadãos em uma tal situação de pobreza econômica e cultural que os impede de estabelecer relações simétricas com estrangeiros.

Idosos, muitas vezes, são vítimas de vulnerabilidades físicas, econômicas, afetivas, psicológicas e institucionais, afinal, possuem costumeiramente um corpo que expressa a evolução de tempo e das vivências, que em muitas situações carregam consigo elementos de comorbidade. Há, em muitos, um declínio intelectual, da capacidade de fala, de memória, os quais, dispensados de exercício na atividade relacional, entram em franco declínio.

Não é sem propósito que é nesses grupos, nos quais a capacidade de falar e ser ouvido é diminuída, que são feitas pesquisas com risco para a vida e para a saúde dos “voluntários”. Ainda que haja consentimento, muitas vezes este padece dos requisitos necessários para expressar a livre vontade da pessoa, o que pode consistir em Crime de Constrangimento Ilegal ou de Lesões corporais, conforme o caso. Não basta que se apregoe a autonomia para consentir e que houve consentimento para pesquisa, é preciso a atenção diferenciada à vulnerabilidade de cada um, contanto com assessoria de comitê ético.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o fim de promover uma convivência tão harmônica quanto possível, o direito dispõe através de seus princípios e regras sobre o comportamento a ser desenvolvido pelos seus membros. No dizer do finalismo sistêmico, confere estabilidade às expectativas dos *socius*.

Dentre estas, assegura como inviolável a vida de cada um, criando obrigação de abstenção *erga omnes* da prática de ações que possam afetá-la.

Ocorre, todavia que, além das hipóteses abertas e toleradas pelo próprio estado como exceção, ocorrem violações à saúde e à vida para a realização de fim pretensamente lícito: pesquisas clínicas em humanos.

O perfil do sujeito “voluntário” para esses estudos revela projetos realizados de forma ilegal e eticamente censuráveis, porque não foram raras as ocasiões em que os mais vulneráveis foram utilizados como cobaias. Além dos episódios protagonizados pelos nazistas na Segunda Guerra Mundial,

855. (Roy Mugerwa et al., *First Trial of the HIV-1 Vaccine in Aji'iea: Ugandan Experience*, 324 BRITISH MED. J. 226, 228 (2003);

pelos japoneses na segunda guerra sino-japonesa surgem, outros eventos sobre a utilização de pessoas vulneráveis para fins de experiências científicas são frequentemente noticiados.

As normas aprovadas com vistas a disciplinar e orientar a matéria reconhecem a autonomia como atributo que possibilita à pessoa escolher as opções que considera melhor para si mesma. Não são ignoradas, porém as vulnerabilidades que podem ser somadas àquela original da espécie e que podem afetar decisões livres. Nesses casos, a falta de voz e de força para se contrapor acaba por constituir um estímulo para as pesquisas clínicas cujo custo constitui fato preponderante para a escolha de “voluntários”.

Entende-se, por fim, que o conteúdo de Declarações e Pactos Internacionais e exigências éticas mínimas impedem que, em nome de avanços do conhecimento em saúde, sejam desumanizadas pessoas que reclamam por acolhimento, solidariedade e apoio.

REFERÊNCIAS

Roy Mugerwa et al., **First Trial of the HIV-J Vaccine in AJi'iea: Ugandan Experience**, 324 BRITISH MED. J. 226, 228 (2003).

ALBUQUERQUE, Aline Para uma ética em pesquisa fundada nos Direitos Humanos. Rev. Bioética, Brasília: CFM. 2013; pp. 412-22

BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. Princípios de Ética Biomédica. (4 ed.) São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BUARQUE, C. **Relatório sobre o caso das cobaias humanas no Amapá**. Disponível em: <<http://www.mp.ap.gov.br/noticia/leiamais.php?codnoticia=298>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

Código de Nuremberg. Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm>. Acesso em maio/2020

COHEN, Claudio, BUCCI Daniela A doação compulsória de órgãos e os prisioneiros condenados à morte: uma análise sob o ponto de vista da bioética. **Revista de Bioética**. Brasília: Conselho federal de Medicina, 2011; 19(2): 383 – 96.

DEAN, Gregory. **General Ishii Shiro: His Legacy is that of a Genius and Madman. Electronic Theses and Dissertations**. Paper 1010. Disponível em: <https://dc.etsu.edu/etd/1010>. 2005.

Diniz, Débora. Dirceu Guilhem. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2007. Disponível em: <https://ahrp.org.1944-1956-radioative-nutricions-experiments>. Acesso em 21 maio 2019.

Disponível em: <https://éticaemconflito.wordpress.com/pesquisas-com-hepatite-na-escola-estadual-de-willowbrook>. Acesso em 21 maio 2019.

Disponível em: https://moodle.ufsc.br/pluginfile.php/1329334/mod_resource/content/1/informe_belmont.pdf Acesso em: maio/2020. ?????

FAIVRE, Anne-Sophie Le Cader, **Le coronavirus, les tests de vaccins et l'Afrique: où en est-on?** Disponível em: <https://factuel.afp.com/le-coronavirus-les-tests-de-vaccins-et-lafrique-ou-en-est>

FERRER, Jorge José. ALVAREZ, Juan Carlos. **Para fundamentar bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea.**

GRECO, Dirceu. WELSH, James. **Direitos humanos, ética e prática médica.** Revista Bioética. Vol. 24(3), 2016 – p. 443-451. p. 446. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0443.pdf>

GRECO, Dirceu. WELSH, James. **Direitos humanos, ética e prática médica.** Revista Bioética. Vol. 24(3), 2016 – p. 443-451. p. 446. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0443.pdf>

GRECO, Dirceu. WELSH, James. **Direitos humanos, ética e prática médica.** Revista Bioética. Vol. 24(3), 2016 – p. 443-451. p. 448. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v24n3/1983-8042-bioet-24-03-0443.pdf>

<https://www.epochtimes.com.br/partido-profissao-abuso-transplante-orgaos-china/>
Aceso em: 5.jul. 2020. China legitima seu sistema de transplantes, mesmo sem transparência ... – Em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2018/07/06/china-legitima-seu-sistema-de-transplantes-mesmo-sem-transparencia.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 4 de jul. 2020.

KANT, Emanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2007.

KOTOW, Miguel. **Participación informada em clínica e investigación biomédica:** las multiples facetas de la decisión e el consentimiento informados. Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2007.

LINS, Emmanuela Vilar. **As dimensões da vulnerabilidade humana:** como condição, como característica e como princípio bioético-jurídico. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.

MESTIERI, João. **Curso de direito criminal.** São Paulo: Alba, 1979, p.30.

NYISZLI, Miklos. **Auschiwtiz:** o testemunho de um médico. Tradução: Roberto Goldkorn. Editora: Distribuidora Record, Rio de Janeiro/São Paulo: 1974.

ROCHA, Alexandre. **Autonomia:** a invenção do indivíduo. Potumac, Washington Dc, p 26. 2020, no prelo.

TORRALBA, Roselló Francese. **Ideias de dignidade**. Uma exploracion filosófica. Em: MARTINEZ, Julio Perrotin Catherine, TORRABA, Francese. Repensar la dingidad humana. San Salvador: Milenio, 2005, p. 15-92.

ROTHMAN, David J. **Were Tuskegee and Willoubrook Studies in Nature?** The Hasting Centrer Report vol 12, nº 2,, abr. 1982, pp.5-7. p.5. Disponível em: <http://jstor.org/stable/3561798>. Acesso em: 21 maio 2019.

ROTHMAN, David J. **Strangers at the Bedside: a History of how Law and Bioethics Transformed Medical Decision Making**. USA. Basic Books, 1991.

WHITE, Becky Cox. **Competence to consent**. Washington: Georgetown University Press, 1994.

Realizado o Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei n. 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

<i>Título</i>	Direitos Humanos e Fraternidade: Estudos em Homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - Volume 2
<i>Organizadores</i>	José de Ribamar Froz Sobrinho Roberto Carvalho Veloso Marcelo de Carvalho Lima Márcio Aleandro Correia Teixeira Ariston Chagas Apoliano Junior
<i>Revisão</i>	Ailla Raket Viegas Gonçalves
<i>Capa e Projeto Gráfico</i>	Eduardo César Machado de Jesus
<i>Foto da capa</i>	Ribamar Pinheiro
<i>Formato</i>	e-book
<i>Páginas</i>	656
<i>Tipografia</i>	Freight Text 11/14 pt TEXTO Nuvo Pro 14/18, 11/14 pt TÍTULOS
<i>Edição</i>	1ª edição - março 2020
<i>Publicação</i>	Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão - ESMAM Editora da Universidade Federal do Maranhão - EDUFMA

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Doutorando em Ciências Jurídicas – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) – Lisboa /Portugal, (desde 2017). Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, em Brasília-DF (2014). Especialista em Direito Civil e Processo Civil, na Universidade Ceuma - UNICEUMA, São Luís (2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA (1990). Promotor de Justiça (1992-2009). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, com atuação na Terceira Câmara Criminal, desde junho de 2009; Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão, no biênio 2013-2015; Diretor da Escola Superior da Magistratura do Maranhão – ESMAM (2019-2020); Coordenador Geral da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Estado do Maranhão, desde setembro 2009.

ORGANIZADORES**José de Ribamar Froz Sobrinho**

Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, em Brasília-DF (2014). Doutorando em Ciências Jurídicas – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) – Lisboa /Portugal, (desde 2017). Especialista em Direito Civil e Processo Civil, na Universidade Ceuma - UNICEUMA, São Luís (2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA (1990). Promotor de Justiça (1992-2009). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, com atuação na Terceira Câmara Criminal, desde junho de 2009; Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão, no biênio 2013-2015; Coordenador Geral da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Estado do Maranhão (2019-2020); Diretor da Escola Superior da Magistratura do Maranhão – ESMAM (2019-2021).

Roberto Carvalho Veloso

Juiz Federal. Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe. Membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação de Magistrados — Enfam. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (2018-2022). Mestre em Direito pela UFPE (1993) e Doutor em Direito UFPE (2008). Pós-doutorando pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Professor Doutor da UniCEUMA. Membro da Comissão de Juristas do Senado encarregada de elaborar o novo Código Eleitoral. Integrou os Tribunais Regionais Eleitorais do Maranhão e do Piauí. Coordenador do Núcleo de Gestão de Precedentes - Nugep - do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Marcelo de Carvalho Lima

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2001), Mestre em Direito (área de concentração: teoria do Direito) pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Professor Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento junto ao Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Sócio-Fundador do Instituto Maranhense de Estudos Tributários (IMAET) e Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados Brasil (Seccional-MA).

Márcio Aleandro Correia Teixeira

Advogado (OAB-MA), Pós-doutorado em Direito PPGDIR/UFMA, Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (2016), Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão (2007), Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão (2001) e em Direito pela Universidade Ceuma (2016), especialização em Direito Administrativo pela PUC/MG (2020). Atualmente é professor da Universidade Ceuma e Pesquisador do Núcleo de Estudos Municipalidade e Direito - NEMUD/Ceuma (DGP/CNPq). Avaliador Nacional e Internacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Ariston Chagas Apoliano Junior

Doutorando em Direito - Programa Estado de Direito e Governança Global da Universidade de Salamanca – USAL, Salamanca, Espanha. Mestre Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa - UFP (2018), Porto, Portugal. Especialista em Direitos Humanos e Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduado em Direito e Engenharia Mecânica. Coordenador Executivo da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça do Maranhão (2013-2020) e Coordenador de Orientação e Aprimoramento das Medidas Cautelares Penais e Execução Criminal da Corregedoria Geral de Justiça do Maranhão.

AUTORES CONVIDADOS:

Reynaldo Soares da Fonseca
Geralda Magella de Faria Rossetto

Luíz Edson Fachin
Lucas Bevilacqua

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

Assusete Magalhães
Marco Túlio Reis Magalhães

Néfi Cordeiro

Luíz Alberto Gurgel de Faria
Isabela Medeiros Gurgel de Faria

Ricardo Villas Bôas Cueva

Candice Lavocat Galvão Jobim
Ludmila Lavocat Galvão Vieira de Carvalho

Edmilson Jatagy Fonseca Júnior

Gerson de Oliveira Costa Filho
Kalil Saaia Boahid Mello Almeida

Felipe Costa Camarão
Sérgio Felipe de Melo Silva

Delmo Mattos
Marcio Almeida

Gabriel Wedy

Cassius Guimarães Chai
Pedro Henrique Roque Lima

Natalino Salgado

João Batista Gomes Moreira

Marcio Sá Araújo

Fabiano Ferreira Lopes

Luciane Cardoso Barzotto

Robson Maia Lins
Pablo Gurgel Fernandes

Marcella Araujo da Nova Brandão

Arnelle Rolim Peixoto
Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino

Marcio Aleandro Correia Teixeira
Andreyinna Beatriz Pereira Rodrigues

Gludson Malheiros Guimarães

Renata Caldas Barreto
Valéria Jansen de Castro

Nilza Reis

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Carlos Augusto Alcântara Machado

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Márcio Aleandro Correia Teixeira

Elber Kennedy Ferreira Moraes

Bruno Araújo Duailibe Pinheiro
Eduardo José Leal Moreira
Hugo Assis Passos

Ana Luiza Almeida Ferro

Josiane Rose Petry Veronese
Marli Marlene Moraes da Costa

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

Maria Auxiliadora Minahim
Natalia Petersen

