

O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

**Atena**
Editora
Ano 2021



O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena
Editora
Ano 2021

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes editoriais

Natalia Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremona

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Arinaldo Pereira da Silva – Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Jayme Augusto Peres – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Daniela Reis Joaquim de Freitas – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Fernanda Miguel de Andrade – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa da Fontoura Custódio Monteiro – Universidade do Vale do Sapucaí
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Welma Emidio da Silva – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Profª Drª Ana Grasielle Dionísio Corrêa – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Sidney Gonçalves de Lima – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Edna Alencar da Silva Rivera – Instituto Federal de São Paulo
Profª Drª Fernanda Tonelli – Instituto Federal de São Paulo,
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

O direito enquanto fenômeno multidimensional

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Flávia Roberta Barão
Indexação: Gabriel Motomu Teshima
Revisão: Os autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
D598	O direito enquanto fenômeno multidimensional / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-5983-366-5 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.665211908 1. Direito. 2. Leis. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título. CDD 340
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL**, coletânea de vinte capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, quatro grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito constitucional; estudos em direitos humanos, vulnerabilidade e políticas públicas; estudos em direito à saúde; e estudos em direito e os impactos da pandemia.

Estudos em direito constitucional traz análises sobre neoconstitucionalismo, ativismo judicial, STF, poder constituinte, controle de constitucionalidade, *amicus curiae*, elegibilidade e inelegibilidade, sistema de suplência, direito cultural, multiculturalismo, bafômetro e a inconstitucionalidade, além da proteção de dados, importância da constitucionalização e comunicação social na política.

Em estudos em direitos humanos, vulnerabilidade e políticas públicas são verificadas contribuições que versam sobre refúgio, criminalização da homossexualidade, prostituição, realidade venezuelana, desporto, consciência social e sistema de cotas para negros.

Estudos em direito à saúde aborda questões como judicialização, defensoria pública e acesso a tratamentos, bem como medicamentos de alto custo, separação de poderes e políticas públicas.

No quarto momento, estudos em direito e os impactos da pandemia, temos leituras sobre impactos das queimadas no espaço amazônico, acesso à justiça e renegociação como meio de oposição à revisão de contratos.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Luís Eduardo Ulinski


Luis Gustavo Liberato Tizzo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119081>

CAPÍTULO 2..... 20

O PAPEL ILUMINISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL


Edson Mario Rosa Junior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119082>

CAPÍTULO 3..... 26

O CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE À LUZ DA CONCEPÇÃO DE ANTONIO NEGRI

Edson Mario Rosa Junior

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119083>

CAPÍTULO 4..... 30

ACORDO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Felipe Costa Albuquerque Camargo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119084>


CAPÍTULO 5..... 43

O *AMICUS CURIAE* E A DELIBERAÇÃO NA BUSCA DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

Gislaine Cunha Vasconcelos de Mello

Beatriz Fracaro

Luciane Sobral

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119085>


CAPÍTULO 6..... 60

ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Lucélia Nárjera de Araújo

Vilobaldo Adelfidio de Carvalho


Wilma Avelino de Carvalho








 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119086>







CAPÍTULO 7..... 73

SISTEMA DE SUPLÊNCIA NO SENADO FEDERAL E SUA COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO

Ester Granusso Moraes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119087>

CAPÍTULO 8	88
DIREITO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE ACERCA DAS LEIS DE INCENTIVO E SEUS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS	
Luis Guilherme Costa Berti	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119088	
CAPÍTULO 9	100
MULTICULTURALISMO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE IR E VIR EM FACE DA IMPOSIÇÃO DE UM <i>DRESS CODE</i> EM LUGARES PÚBLICOS	
Alana Caroline Mossoi Tereza Rodrigues Vieira	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.6652119089	
CAPÍTULO 10	118
INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO USO DO BAFÔMETRO: INAPLICABILIDADE DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	
Henrique Giacomini	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190810	
CAPÍTULO 11	138
A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NA POLÍTICA E A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS	
Cassiane de Melo Fernandes Alexandre Sita de Matos	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190811	
CAPÍTULO 12	155
REFÚGIO POR MEDO: UMA REFLEXÃO EXPLORATÓRIA SOBRE MIGRAÇÃO BASEADA NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE	
Thiago Opolski Ana Maria Motta Ribeiro	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190812	
CAPÍTULO 13	170
LAS OCHENTAS: O PREÇO DO REFÚGIO	
Ana Flávia Ananias Almeida Laura Ferreira Silva	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190813	
CAPÍTULO 14	179
A PRÁTICA DO DESPORTO COMO EIXO INTEGRADOR E RESTAURADOR DOS DIREITOS HUMANOS: INCLUSÃO, HUMANIZAÇÃO E CONSCIÊNCIA SOCIAL PARA IMIGRANTES E REFUGIADOS	
Viviane Cristina Martiniuk	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190814	

CAPÍTULO 15	197
RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSO PARA PROFESSOR DO MAGISTÉRIO SUPERIOR	
Sandra Mara Silva de Leon Geise Loreto Laus Viega	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190815	
CAPÍTULO 16	205
A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A TRATAMENTOS MÉDICOS	
Dari Nass Henrique Balduvino Saft Dutra Maria Cristina Schneider Lucion	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190816	
CAPÍTULO 17	217
DIREITO À SAÚDE NO JUDICIÁRIO: A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO VIOLA A SEPARAÇÃO DOS PODERES OU CUMPRE POLÍTICAS PÚBLICAS INEFICAZES?	
Bianca Sanches Lopes da Silva Daniel Castanha de Freitas	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190817	
CAPÍTULO 18	233
DIREITO AMBIENTAL E DIREITO À SAÚDE: IMPACTOS DAS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS	
Valéria Giumelli Canestrini Fábio Rodrigo Casaril	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190818	
CAPÍTULO 19	248
ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO	
Jackelline Fraga Pessanha Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190819	
CAPÍTULO 20	255
A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO DEVER DE RENEGOCIAÇÃO A FIM DE EVITAR A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA	
Fernanda Moraes dos Santos Larissa da Silva Maurano Raphaela de Moraes Lemos Francisco José Soller de Mattos	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.66521190820	

SOBRE O ORGANIZADOR	264
ÍNDICE REMISSIVO.....	265

CAPÍTULO 1

NEOCONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL

Data de aceite: 02/08/2021

Luís Eduardo Ulinski

Bacharel em Direito pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR

Luis Gustavo Liberato Tizzo

Professor universitário na graduação e pós graduação em Direito; Advogado

RESUMO: O artigo teve por fulcro demonstrar como um movimento, num primeiro momento vanguardista (neoconstitucionalismo), permitiu a instalação no ordenamento jurídico pátrio de um estado de coisas inconstitucional. A metodologia utilizada constituiu-se em revisão bibliográfica de obras de autores renomados no assunto. O primeiro capítulo teve por escopo a evolução histórica do neoconstitucionalismo no direito alienígena e no direito brasileiro. O segundo capítulo abordou a relação entre o fenômeno da judicialização e a prática do ativismo judicial, sobremaneira pela Corte Constitucional Brasileira. O terceiro capítulo ocupou-se de expor o ativismo judicial como prática que viola flagrantemente os fundamentos constitucionais em que se assenta o Estado Brasileiro, a exemplo do devido processo legal. Pôde-se concluir, dessa forma, que os fenômenos do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial estão interligados e conduzem o direito pátrio a caminhos deveras escusos, sob o pretexto de fazer justiça, ignorando certos axiomas em situações que não cabe ao julgador fazê-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo,

ativismo judicial.

NEOCONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT: The article aimed to demonstrate how a movement, at first avant-garde (neoconstitutionalism), allowed the installation in the Brazilian legal system of an unconstitutional state of affairs. The methodology used consisted of a bibliographic review of works by renowned authors on the subject. The first chapter had as its scope the historical evolution of neoconstitutionalism in alien law and in Brazilian law. The second chapter addressed the relationship between the phenomenon of judicialization and the practice of judicial activism, especially by the Brazilian Constitutional Court. The third chapter was concerned with exposing judicial activism as a practice that flagrantly violates the constitutional foundations on which the Brazilian State is based, such as due process of law. It can be concluded, therefore, that the phenomena of neoconstitutionalism and judicial activism are interconnected and lead the right to the right to very shady paths, under the pretext of doing justice, ignoring certain axioms in situations that it is not up to the judge to do so.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism, judicial activism.

1 | INTRODUÇÃO

Afigura-se o neoconstitucionalismo, movimento filosófico e jurídico contemporâneo, como uma ferramenta útil e ao mesmo tempo temerária, quando unida à política e ao clamor

social, pretende uma valorização cada vez maior da jurisprudência enquanto fonte do direito, permitindo aos magistrados verdadeiramente criar, indo além do texto legal, criando, assim, um caminho livre para arbitrariedades, tais como o que hoje se entende por ativismo judicial.

O presente trabalho buscou esclarecer de que forma a prática do ativismo judicial resulta em reformulações inconstitucionais daquilo que é constitucional, confrontando certos princípios basilares do Estado Democrático e suas concepções flexibilizadas, adequadas à sociedade atual e atentas ao dito “clamor popular” (*vox populi, vox dei*), tido por fundamento de decisões judiciais, sobremaneira aquelas de cunho político.

Desde o marco histórico-jurídico consubstanciado no fim da Segunda Guerra Mundial, em grande parte dos países ocidentais houve um significativo avanço político-normativo visando nunca replicar os horrores vivenciados neste que foi um dos conflitos que mais impactou a história da humanidade, mas isso levou a um questionamento: a prática do ativismo judicial se afigura como uma evolução ou um retrocesso jurídico, ante as flagrantes violações de direitos fundamentais que essa prática tem proporcionado?

Pretendeu-se assim, demonstrar como a evolução da filosofia do direito, especificamente do direito constitucional inaugurado em 1988, após um regime de exceção, representa atualmente flagrantes violações a direitos fundamentais através de atos jurisdicionais que ultrapassam a função típica do Poder Judiciário, analisando a formação histórica do neoconstitucionalismo, identificando como este tem fundamentado a prática do ativismo judicial e tal prática nociva aos ditames constitucionais, especialmente o dever de imparcialidade.

O presente trabalho foi elaborado através de pesquisa pautada em revisão bibliográfica, a qual consistiu na leitura e seleção das obras mais pertinentes sobre o tema, escritas por autores já consagrados no meio acadêmico, examinando o tema sob um novo enfoque, de modo a concluir pela solução do problema.

2 | NEOCONSTITUCIONALISMO: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

O neoconstitucionalismo encontra sua origem histórica, na Europa, no período de reformas constitucionais do segundo pós-guerra, sobremaneira na Alemanha e na Itália, num movimento que posteriormente se espalhou para outros países, tais como México, Colômbia, Argentina e, já no final do século, atingiu o Brasil.

Esse processo de reconstitucionalização teve por objetivo principal redefinir o papel da Constituição ao aproximar o constitucionalismo e o ideais de democracia, resultando em uma nova organização política, a qual recebeu o nome, hoje bastante difundido, de Estado Democrático de Direito (ou ainda, Estado Constitucional).

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, juntamente com a criação de um Tribunal Constitucional Federal, em 1951, deu azo a um desenvolvimento teórico e

jurisprudencial tentando explicar o fenômeno, o que promoveu uma evolução teórica ímpar de Estados de raiz romano-germânica, na esfera do direito constitucional.

Não se pode olvidar também, conforme dito anteriormente, do papel desempenhado pelo direito italiano nessa ascensão teórica (e filosófica também), com o advento da Constituição de 1947, e a Corte Constitucional em 1956, o que permitiu, na década de 70, que também os países ibéricos, castigados pelo franquismo (Espanha) e salazarismo (Portugal), passassem por um processo de reconstitucionalização e redemocratização, o que foi seguido pelo Brasil, quase vinte anos depois.

Sobre o tema, são precisas as lições de Daniel Sarmento:

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. (SARMENTO, 2009, p. 5)

Verificou-se, desse modo, uma aproximação do constitucionalismo norte americano, para o qual a Constituição é, efetiva e teoricamente, verdadeira norma jurídica, limitadora dos poderes legislativos e passível de extirpar leis que a contrariem do ordenamento jurídico, o que Marshal pôs em prática em 1803, ao julgar o icônico caso *Marbury vs. Madison*, dando início ao que hoje se entende por controle difuso de constitucionalidade.

Uma diferença, porém, se verificou nas constituições europeias do período em relação à carta norte-americana. Enquanto esta é sintética, definindo apenas a organização fundamental do Estado e assegurando certos direitos individuais, aquelas extrapolaram esse sentido (sendo, por isso, o que a teoria denomina analíticas), acrescentando uma alta carga axiológica ao texto fundamental, o qual passou a disciplinar temas que até então não eram atribuídos à carta constitucional, e exemplo da economia e das relações de trabalho *v.g.*

Isso também provocou o surgimento de uma nova categoria de direitos, os chamados direitos de segunda geração, marcados por serem direitos sociais de caráter positivo (prestacional), ou seja, exigem que o Estado agisse para assegurá-los, contrapondo-se aos direitos individuais, assegurados quando o Estado se abstém.

Essa nova ordem constitucional ocasionou também o fenômeno da constitucionalização do direito, à medida que a interpretação extensiva e mais ampla das normas fundamentais ampliou a influência das cartas políticas sobre o ordenamento como um todo, promovendo nova exegese de normas e institutos vinculados aos mais diversos ramos jurídicos, o que, até então, era inconcebível.

Como as constituições passaram a guardar axiomas em seu bojo, notou-se que as normas, em sua maioria, eram marcadas por indeterminação semântica, dado serem princípios, o que, por certo, exigia uma nova técnica hermenêutica, diante dos frequentes

conflitos entre princípios. Para tanto, surgiu a técnica da ponderação, baseada no princípio da proporcionalidade, fundamentando a legitimidade das decisões que recorriam a esta técnica em elementos desprezados pelo positivismo clássico, incorporando ao Direito concepções morais e empíricas.

Nesse ínterim, o já citado Daniel Sarmento preleciona:

Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. (SARMENTO, 2009, p. 7)

Dessa forma, na esteira do neoconstitucionalismo, faz-se uma releitura do princípio da tripartição dos poderes, o qual impunha limites bastante rígidos à atuação do Poder Judiciário, favorecendo novas concepções em defesa de valores constitucionais, antes violados à socapa e à sorrelfa pelos regimes autoritaristas europeus.

Logo, preferem-se teorias democráticas mais substantivas em detrimento das teorias até então majoritárias acerca do princípio democrático (todo poder emana do povo), legitimando, portanto, maiores limites ao poder de legislar, em prol dos direitos fundamentais. Em suma, deu-se maior liberdade ao julgador (não eleito), ao passar que se restringiu os poderes do legislador.

A teoria das fontes do direito também foi afetada, haja vista que deixou seu enfoque nos códigos e na lei formal, e passou a fundar-se na Constituição enquanto centro do ordenamento, além de valorizar o papel criativo da jurisprudência, ao reconhecer a força normativa de princípios altamente axiológicos, como a dignidade da pessoa humana, cuja aplicabilidade no caso concreto passa a ser precedida por um debate ético/moral entre os julgadores.

Não se pode, entretanto, dizer que o neconstitucionalismo fundiu Direito e Moral, sanando o embate secular entre positivistas e jusnaturalistas, embora não seja errado afirmar que seus paradigmas, certamente abriram espaço para a discussão moral no âmbito jurídico, atenuando a distinção clássica entre a descrição do ser e a prescrição do dever ser. A fronteira Direito-Moral, ainda que existente, tornou-se porosa, uma vez que o ordenamento passou a incorporar princípios de justiça, os quais foram levados a sério pela cultura e dogmática jurídica.

O juiz, nos moldes neoconstitucionais, torna-se o protagonista, responsável por ler o Direito a partir de uma perspectiva interna, ou seja, de alguém que participa do processo ao qual a norma será interpretada e aplicada, deixando em segundo plano seu papel enquanto observador, pautada em sua visão externa. Essa monomania pelo Judiciário acaba por ignorar o papel das demais instituições na interpretação constitucional, uma vez que o juiz

é visto como o guardião das promessas da Constituição, dando azo à diversas críticas, que veem no neoconstitucionalismo um certo elitismo e o definem como resistente ao autogoverno popular.

Seus defensores o têm como um movimento capaz de conduzir à emancipação humana através do Judiciário, acalentando um ideário humanista por meio da dogmática constitucional moderna. Os adeptos teóricos do neoconstitucionalismo, nesse ínterim, obstinam-se nesses postulados abstratos, buscando perscrutar o projeto de emancipação racional através dos instrumentos disponibilizados pela Constituição, sobremaneira os direitos fundamentais.

Esclarecido o histórico do neoconstitucionalismo no direito alienígena e seus fundamentos teóricos, passa-se agora a uma análise de seu desenvolvimento do direito brasileiro, a partir da promulgação da Constituição da República, em 05 de outubro de 1988.

Sobre essa mudança em *terrae brasilis*, nos esclarece Luís Roberto Barroso:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (BARROSO, 2006, p. 3-4)

De fato, antes da Constituição Cidadã, as constituições, desde o início, não eram, na prática, verdadeiras normas jurídicas, muitas vezes servindo de fachada para um estado verdadeiramente hipócrita, haja vista que assegurava a igualdade em seu texto fundamental, mas tinha na escravidão sua principal instituição (Constituição de 1824), ou ainda garantia liberdade, integridade física e vida em pleno regime de exceção, onde incontáveis cidadãos desapareceram e/ou foram torturados.

Da mesma forma como ocorria da Europa, a lei, em termos de tráfico jurídico, possuía um prestígio maior do que a carta política que lhe dava fundamento, e muitas vezes a própria lei era preterida em relação a portarias e decretos. Essa situação, aliada às limitações do Poder Judiciário, criaram um cenário em que a Constituição consagrava um sem número de direitos, entretanto, estes dependiam dos governantes eleitos para que se pudessem concretizar (o que raramente acontecia, ressalte-se).

Diante deste flagrante estado de coisas inconstitucional, veio a Assembleia Constituinte de 1987/88 coroar a redemocratização do país e promulgar uma nova Carta Magna, recheada de direitos fundamentais, quer individuais, sociais ou difusos, dando-lhes aplicabilidade imediata (embora sujeita a regulamentação em certas hipóteses) e defendendo-os ao inseri-los em um núcleo imutável, o qual não poderia ser suprimido nem

mesmo por Emenda Constitucional, as chamadas cláusulas pétreas, inseridas no art.60, §4º, IV.

A nova ordem que se levantou, conferiu ao Poder Judiciário maiores liberdades e independência em relação aos demais poderes constituídos, sobremaneira o Legislativo, consagrando que a lei não poderia excluir qualquer ameaça ou lesão de direito, da apreciação do Poder Judiciário, bem como estabelecendo os remédios constitucionais enquanto ferramentas para concretizar os direitos fundamentais presentes na Lei Maior (vide o papel do mandado de injunção *v.g.*), e fortalecendo, por fim, os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Verificou-se, com essa última mudança substancial, um acréscimo acentuado de legitimados ativos para a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, ampliando o âmbito da chamada jurisdição constitucional, ao criar novos mecanismos de controle, a exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e posteriormente, a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Com isso, favoreceu-se a judicialização da política ao permitir que qualquer partido, desde que representado no Congresso (independentemente do número de representantes), possa provocar o Supremo Tribunal Federal (STF) a fim de que este decida acerca da (in) constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo pela via concentrada.

Como consequência, não raras as vezes, parcela do Congresso, composta por parlamentares que tenham perdido na via legislativa algum processo político de seu interesse, bate às portas do STF pedindo que solucione o imbróglio ao dar a interpretação definitiva à norma, de acordo com os postulados constitucionais, o que atravança o Pretório Excelso com análises frívolas, relegando ao esquecimento questionamentos importantes, cuja solução acaba nunca acontecendo, ou se dá de maneira precipitada, deturpando os valores constitucionais para atender o clamor social (*vox populi, vox dei*), como se verifica no tema da prisão em segunda instância.

Assim como ocorreu nos sistemas europeus, a Carta de 1988 passou a tratar de uma diversidade de assuntos, alguns dos quais até hoje se questiona sua pertinência ao texto magno. Trouxe também uma grande quantidade de princípios abstratos, com alto teor axiológico e, portanto, capazes de se irradiar por todos os ramos do direito, através do fenômeno da constitucionalização, segundo o qual, além de incluir no texto assuntos antes relegados à legislação ordinária, toda o ordenamento deve sofrer uma releitura pela ótica constitucional, numa verdadeira filtragem axiológica do Direito.

O neoconstitucionalismo no Brasil encontrou um forte apoio da doutrina, sobretudo do hoje Ministro Luís Roberto Barroso, para quem a Constituição, como norma jurídica que é, merece aplicabilidade pelos magistrados no cotidiano forense, e não apenas pela Corte Constitucional (no caso do Brasil, o STF), visando utilizar a dogmática dessa nova ordem para emancipar a política ao concretizar os ditames constitucionais, no que ficou conhecido como constitucionalismo da efetividade.

Nesse ínterim, toma a jurisdição, através do juiz, o papel de protagonista na realização dessa vontade constitucional de assegurar direitos fundamentais, centrando-se nas normas, cujos efeitos deveriam ser extraídos pelo intérprete conforme a densidade maior ou menor do texto positivado. Tal corrente buscou aproximar o direito constitucional do direito processual, afastando o primeiro da dogmática da teoria geral do Estado.

E ainda que essa corrente doutrinária não se confunda com o neoconstitucionalismo em si, permitiu o surgimento de um segundo movimento, esse sim, de cunho eminentemente neoconstitucional: as correntes pós-positivistas, cujo cerne dogmático é a discussão acerca da ponderação, proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Com isso, os direitos de segunda geração (sociais), antes definidos como meras normas de conteúdo programático, ganharam a atenção da doutrina e jurisprudência, as quais passaram a discutir sua eficácia a partir de novos eixos, trazendo à baila o discurso moral.

Ganha espaço, deste modo, uma argumentação pautada em axiomas e democracia, novas categorias trazidas da tradição germânica, como a proibição do retrocesso e a reserva do possível, conceitos abertos a interpretação, a qual passa, invariavelmente por uma análise interpessoal de cada julgador, conforme as experiências de vida e a construção do substrato moral que motiva cada um em suas ações cotidianas, ainda que tal discurso destoe da fundamentação jurídica exigida pela Constituição.

Não se questiona, entretanto, a legitimidade da jurisdição constitucional, dada sua previsão pela própria Lei Maior, mas o debate cinge-se na forma em que deve-se exercê-la. De acordo com a corrente perfilhada pelo intérprete, verifica-se maior ou menor grau de ativismo, ou ainda se recusa esse ativismo em determinadas áreas para defendê-lo em outras.

A argumentação, assim, passou a se relacionar diretamente com os debates da Filosofia Política, dando origem a posicionamentos diversos, variando do procedimentalismo ao substancialismo. E, dentre essas correntes, o neoconstitucionalismo abraça aquelas de cunho substancialista, por vislumbrarem no ativismo judicial uma forma de defender os valores constitucionais, residindo aí sua validade.

O neoconstitucionalismo no Brasil obteve, por isso, aprovação social, visto que a sociedade arraiga uma descrença nas instituições políticas, especialmente no Poder Legislativo e nos partidos que o povoam, tudo isso alimentado por escândalos de corrupção e ideais pautados em um sistema corrompido, movido por interesses particulares, gerando uma sensação (ou uma esperança) de que a solução para tais problemas resida no Poder Judiciário. E todo esse substrato, construído durante décadas pelo neoconstitucionalismo na Europa e posteriormente no Brasil, favoreceu a prática do ativismo judicial, cuja relação com o movimento neoconstitucional será analisada no capítulo subsequente.

3 I JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, ainda que deveras similares e comuns no cenário jurídico brasileiro, sobremaneira não se confundem, o que se pretende explanar melhor ao longo do presente capítulo, bem como demonstrar a relação entre o ativismo e o neconstitucionalismo, com especial enfoque na forma como este fundamenta aquele.

A Carta Política brasileira é definida pela doutrina especializada como prolixa (analítica), e encerra um sistema constitucional misto, ou seja, com características do sistema concentrado (europeu) e idem do sistema difuso (americano), o que levou a diversos debates de grandes proporções no âmbito do Poder Judiciário, o que não integra sua função típica no sistema puro da *civil law*, predominante no sistema pátrio. Luís Roberto Barroso, a esse respeito, traz uma definição bastante precisa, conforme se verifica no seguinte excerto:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2012, p. 2)

Assim, a judicialização consubstancia-se numa transferência do poder para decidir certas questões para juízes e tribunais, alterando sobremaneira a linguagem, argumentação e modo de influir na sociedade. Dentre as causas do fenômeno, destaca-se a redemocratização do país, cujo marco inicial foi a atual Carta Política, que em seu bojo trouxe a recuperação das garantias da magistratura, a qual deixou de ser vista como um departamento técnico-especializado e se transformou em verdadeiro poder político, capaz de confrontar os demais poderes para garantir a eficácia das normas fundamentais.

Nesse aspecto, sobre o momento atual do direito constitucional brasileiro (pós 1988), a doutrina de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco consegue trazer o conflito entre Direito, Moral e Democracia, de maneira bastante clara e precisa, conforme se depreende do seguinte excerto:

O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumia parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo (MENDES; BRANCO, 2014, p. 53).

Essa constitucionalização abrangente foi uma tendência mundial, inaugurada em 1976 pela Constituição de Portugal e dois anos depois foi seguida pela Constituição

Espanhola, potencializando-se em *terrae brasilis* pela carta de 1988. Constitucionalizar uma matéria, de forma bastante simples e ainda sim bastante precisa, é transformar Política em Direito. Essa questão (constitucionalizada), seja um direito ou um serviço público, na medida em que recebe guarida constitucional, transforma-se em pretensão jurídica, passível de ser articulada enquanto ação judicial. Tal positivação constitucional muda o foco da exigibilidade, uma vez que as norma infraconstitucionais só obtém legitimidade quando em consonância com a própria Constituição, o que pode ser questionado judicialmente em caso de dissonância, como aponta Barroso:

Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. (BARROSO, 2012, p. 2)

Por conseguinte, a terceira causa da judicialização pode ser atribuída ao sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro. Isso porque, esse sistema eclético abrange o sistema americano de controle incidental, em que todo juiz ou tribunal pode se escusar à aplicação de uma lei ou ato normativo que repute inconstitucional, sem, entretanto, retirá-la do ordenamento. Abarca igualmente o sistema europeu, permitindo que certas matérias sejam submetidas diretamente à Corte Constitucional, através dos instrumentos disponibilizados pela própria Carta Política.

Com isso, pretende-se demonstrar que essa tendência não é nova, e pode ser vislumbrada em diversos julgamentos do STF, em que se trouxe à baila a discussão sobre políticas governamentais (Reforma da Previdência *v.g.*), limites da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, papel do *parquet* na investigação criminal, liberdade de expressão e racismo, e progressão de regime em caso de condenados por crimes hediondos.

Tratando das mudanças paradigmáticas sofridas pelo processo civil após o advento da Constituição Cidadã, José Miguel Garcia Medina, em sua obra Curso de direito processual civil moderno, é enfático no sentido de que:

A vida passa a ser contemplada a partir dos olhos da Constituição. Fala-se em “constitucionalização” do direito. Compreende-se, então, que o direito das regras dos códigos, que vem a ser o direito do estado de direito, é substituído pelo direito de princípios, que é o direito do estado constitucional democrático e de direito (MEDINA, 2017, p. 73).

Já em se tratando do ativismo judicial, a situação é outra, tendo em vista que este último se apresenta como um método interpretativo da constituição, hipertrofiando o alcance e sentido das normas objeto de análise. Tem espaço, nesse íterim, em ocasiões que o legislador ou o administrador público permanece inerte, omissão essa passível de causar danos a certos direitos fundamentais.

Parcela mais conservadora da doutrina chama atenção acerca do perigo da prática

em questão para a legitimidade democrática, tripartição dos poderes, segurança jurídica e acima de tudo, aponta para a incapacidade institucional do Judiciário diante de certas questões que estão fora de sua alçada.

Claro que, sob a égide do neoconstitucionalismo, não se cogita de uma substancialização do Estado de Direito sem certo grau de criatividade do Judiciário em suas construções, derrocando os argumentos conservadores, sem entretanto, justificar e validar o fenômeno.

Seus defensores aduzem que, a legitimidade democrática estaria assegurada na medida em que a Constituição de 1988 estabeleceu um estado intervencionista, em que se juízes e tribunais, em tese, não devem escusar-se à aplicação da lei e da Constituição (princípio do *non liquet*). Já a politização não ocorreria, haja vista que os magistrados só estão permitidos de atuar nos limites determinados pelo ordenamento. O magistrado, nesse aspecto, não pode quedar-se silente frente às injustiças, devendo sempre sopesar as conseqüências políticas de suas decisões.

A segurança jurídica, dessa forma, cede espaço para que sejam prolatadas decisões mais justas, ao passo que, a tripartição dos poderes restaria assegurada, pois todas essas decisões retiram seu fundamento da Constituição da República, a qual foi promulgada em cinco de outubro de 1988, por representantes do povo. O Poder Judiciário, por sua vez, não seria dotado de incapacidade para decidir certas questões, as quais serão fundamentadas em valores oriundos da instância especializada.

O ativismo judicial, assim, encontra sua justificação no Neoconstitucionalismo (e não na Constituição, o que será mais bem desenvolvido oportunamente), para o qual não se vislumbram normas de simples exortação político-ideológica, ou seja, não vinculativas para os particulares ou Poderes constituídos. Esse pensamento, para os defensores do fenômeno, não pode prosperar, uma vez que a Carta Magna brasileira apregoa expressamente a aplicabilidade imediata das normas que estabelecem direitos fundamentais.

Sendo assim, o STF, enquanto corte constitucional brasileira e responsável pela guarda da Constituição, tem o dever, nos moldes neoconstitucionais, de aplicá-la em atenção aos direitos fundamentais, atuando em “defesa” da democracia, “valorizando-os”.

Os idealistas e apoiadores do fenômeno defendem a adoção de uma visão moderna, que busca valorizar os princípios e direitos fundamentais, sobremaneira a dignidade da pessoa humana, concretizando tais valores, dentro do processo, pela atuação conjunta das partes e do juiz.

Esse movimento de constitucionalização foi o responsável pela disseminação da jurisdição constitucional a novos âmbitos sociais, da qual decorre a aplicação constitucional em novas matérias, levando a um aumento nas demandas que chegam ao STF (vez que passam a versar sobre matéria constitucional), bem como a um maior interesse do cidadão acerca de seus direitos, provocando uma judicialização cada vez maior de políticas públicas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra sobre Direito constitucional, vê no

movimento neoconstitucionalista, uma forma de racionalizar o poder, que nada mais é senão do que desejo inerente ao constitucionalismo. Para ele

A racionalização do poder, nome pelo qual essa tendência a incorporar nas Constituições as sutilezas do jurista veio a ser conhecida, prolonga de certo modo o constitucionalismo. De fato, a ideia de racionalizar a vida política já estava presente nesse movimento, embora mais atenuada. Da mesma forma, a pretensão de enquadrar pela lei inteiramente a vida política, que se desvenda na racionalização, não passa de um exagero do desejo inerente ao constitucionalismo de fixar por meio de regras escritas os lineamentos fundamentais da existência política (FILHO, 2011, p. 35).

Os neoconstitucionalistas fundamentam o fenômeno do ativismo judicial também no caráter público do processo (formalismo valorativo), o qual é salientado por essa constitucionalização de direitos e garantias fundamentais. A Lei Maior, desse modo, adota uma verdadeira força normativa e genuína efetividade, deixando suas normas de ser encaradas como integrantes de um documento meramente político. Ao contrário, goza de aplicabilidade direta e imediata, a exemplo do direito à saúde, subjetivo *lato sensu*, admitindo até mesmo tutela jurídica específica.

Por conseguinte, não mais se pode cogitar de uma atuação Legislativa e Executivo insuscetível de controle judicial, haja vista que a tendência neoconstitucional é de uma atuação cada vez maior do Judiciário, visando efetivar os direitos sociais. Tal Poder, assim, passa a ser invocado para intervir no âmbito Administrativo (para assegurar o direito à saúde ao garantir o fornecimento de medicamentos *v.g.*). Tal intervenção visa, acima de tudo, realizar uma prestação jurisdicional uniforme e universal de direitos sociais.

Comum é a afirmação de que o julgador não pode mais ser considerado “boca da lei”, sendo emprazado a adotar uma leitura criativa e construtiva da hermenêutica constitucional, buscando materializar os direitos fundamentais consagrados na carta política. A sentença exarada por esse julgador “ativo” resulta de uma interpretação principiológica e valorativa da Constituição, consagrando-se como a decisão mais justa dentre aquelas possíveis.

E com essas alterações estruturais pelas quais passou o ordenamento jurídico pátrio, verificou-se uma interferência crescente da Moral sobre o Direito, e sobre o tema, é importante trazer à baila as lições do mestre Miguel Reale, que desde 2002, em sua obra *Filosofia do Direito* já chamava atenção para o risco dos juízos morais:

[...] é impossível falar-se em “verdade moral”, porque a verdade é apenas atributo dos enunciados lógicos, e não de uma diretiva do comportamento humano. Uma diretiva não pode ser classificada como “verdadeira” ou “falsa”, porquanto estes predicados só se aplicam a enunciados, ou seja, a proposições, as quais podem ser sintéticas ou analíticas (REALE, 2002, p. 19).

Pretende-se com esse fenômeno, não mais subterfugir tais matérias, tampouco manter um comportamento conservantista, entendendo seus defensores como uma grande evolução do Direito que visa afirmar o ativismo como embasado e bem estruturado no

neoconstitucionalismo. Este último fenômeno baseia-se numa aproximação do campo da Ética, enquanto instrumento de legitimidade e justiça, balizando-se o poder político por meio do poder jurídico.

Nota-se, em síntese, que o fenômeno da judicialização e a prática do ativismo judicial são aparentados, sem que se confundam, pois como bem expõe Barroso:

[...] a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2012, p. 3)

Logo, tem-se que a judicialização decorre do sistema institucional, ao passo que o ativismo judicial decorre tão somente da atuação (pró-ativa) do órgão julgador, cuja atuação exige provocação, sendo justamente a forma como exerce sua função típica (se balizada pela Constituição ou à socapa desta) que irá determinar a ocorrência ou não desse fenômeno.

4 | DO ATIVISMO JUDICIAL E SUAS CRÍTICAS

Inicialmente, cumpre salientar que a postura típica do ativismo judicial se manifesta sob três condutas principais, sendo a primeira delas, a aplicação direta da Constituição a hipóteses fáticas que não possuem previsão em seu texto magno e sem qualquer atividade legiferante ordinária. A segunda dessas condutas compreende a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com supedâneo em critérios que não a ostensiva violação da Constituição e a terceira verifica-se na imposição de condutas ao Poder Público, quer positivas ou negativas, especialmente no que se refere à questão de políticas públicas.

As raízes do ativismo judicial encontram-se na jurisprudência norte-americana, e a princípio tinha caráter conservador, exurgindo do julgamento pela Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sanford* em 1857, em que sua atuação pró ativa deu azo à segregação racial e à invalidação das leis sociais, o que motivou um verdadeiro confronto entre o Presidente Roosevelt e a corte máxima, provocando a mudança da orientação jurisprudencial contrária à intervenção do Poder Público (*Wes Coast v. Parrish*, em 1937).

Já na década de 50, a situação foi inversa, na medida em que a Suprema Corte, comandada por Warren e posteriormente por Burger, procedeu a uma produção intensa de jurisprudência progressista em termos de direitos fundamentais, sobremaneira em questões raciais, feministas (interrupção da gravidez, inclusive), criminais e em questões relacionadas ao direito a privacidade, a exemplo dos casos *Brown v. Board of Education* e *Griswol v. Connecticut*, respectivamente em 1954 e 1965.

Aliás, o oposto de ativismo judicial é justamente a auto-contenção, em que o Poder Judiciário reduz ao máximo seu envolvimento nas condutas típicas dos outros Poderes. Desse modo, os magistrados evitam a aplicação direta da Lei Maior à situações não contempladas em seu bojo, expectando a atuação do legislador ordinário, fazendo uso, então, de métodos mais hirtos e conservadores para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e, por fim, abstendo-se de intervir no âmbito das políticas públicas. Essa linha de atuação auto-contida era a adotada em *terrae brasilis* até a promulgação da Constituição de 1988.

A diferença metodológica central entre tais linhas de atuação judicial repousa no fato que o ativismo busca extrair o máximo potencial do texto constitucional, sem interferir no campo criativo do Direito, ao passo que a auto-contenção, limita a incidência constitucional em prol das esferas particularmente políticas.

Verifica-se, nesses dias, que o Judiciário brasileiro tem adotado um posicionamento notadamente ativista, conforme se pode verificar na aplicação da Constituição a situações que não estão nela contempladas, a exemplo da questão da fidelidade partidária, em que se criou uma nova possibilidade de perda de mandato parlamentar. Do mesmo modo, o Pretório Excelso brasileiro estendeu a proibição do nepotismo nos demais poderes constituídos, concretizando seu entendimento em uma súmula vinculante após julgar apenas um caso, o qual assumiu verdadeiramente um caráter semi-normativo.

O fundamento adotado pelo tribunal valorizou os postulados da impessoalidade e moralidade, acrescentar uma vedação estranha tanto ao texto constitucional quanto infraconstitucional, ou seja, na prevista no ordenamento jurídico.

Outro caso emblemático que demonstra claramente a postura ativista adotada pelo Poder Judiciário brasileiro, verificou-se na verticalização, em que se declarou a inconstitucionalidade de um ato normativo pautando-se em critérios que não a flagrante violação do texto constitucional. A mesma ideia se aplica à declaração de inconstitucionalidade das normas que previam a chamada cláusula de barreira enquanto limitação aos partidos políticos que não atendessem aos pressupostos mínimos de atuação eleitoral.

Sobre o caso em questão, muito bem elucidou Luís Roberto Barroso, no seguinte excerto:

O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua

aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o *status* de cláusula pétrea. (BARROSO, 2012, p. 5)

Como terceira conduta tipicamente ativista praticada pelo Poder Judiciário, no caso, atribuindo condutas positivas ou negativas ao Poder Público de forma impositiva acerca de políticas públicas, cita-se o recorrente caso de concessão de medicamentos e custeio de terapias mediante decisão judicial. O Pretório Excelso, apesar de analisar casos tais, não fez de modo aprofundado, salva nas hipóteses de suspensão de liminar em mandado de segurança concedida pelas justiças Estaduais e Federal, determinando aos entes federados (até mesmo solidariamente, por vezes) que patrocinem medicamentos e terapias não contemplados nas listas do Ministério e das Secretarias de Saúde.

Na maioria dos países que possuem um sistema de cortes ou tribunais constitucionais, verifica-se o binômio autocontenção-ativismo, no exercício de suas respectivas competências para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. A prevalência de um ou outro modelo alterna de acordo com a influência dos demais poderes constituídos.

Tomando-se o Brasil como exemplo, é flagrante um maior equilíbrio entre o Poder Executivo e Judiciário, apesar de certas polêmicas nos últimos anos envolvendo o abuso de medidas provisórias, gozando de relativa popularidade. Tal situação não se verifica, por sua vez, em relação ao Poder Legislativo, em virtude de uma flagrante crise de representatividade e funcionalidade, provocando um avanço do Judiciário sobre suas funções típicas, sob o preceito de defesa constitucional, proferindo decisões para suprir omissões e inclusive inovando a ordem jurídica.

Os defensores do ativismo vêem nesse avanço sobre o Legislativo um aspecto positivo, na medida em que atende demandas dos jurisdicionados não satisfeitas pelo parlamento, como no caso de greve no serviço público. Por outro lado, a face negativa do fenômeno é justamente a demonstração das dificuldades suportadas pelo Poder Legislativo, não se restringindo ao panorama brasileiro, em que uma reforma política é premente, com vistas a estimular uma aproximação da classe política com a sociedade civil.

Mas mesmo para seus defensores, as decisões ativistas devem ser esporádicas, em momentos históricos certos, embora afirmem que inexiste democracia sem uma atividade política intensa, um Poder Legislativo atuante e dotado de credibilidade, o que não se verifica, porém, no Brasil, em que as audiências públicas e o posterior julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca de pesquisas com células-tronco embrionárias, foram dotados de uma maior visibilidade do que a atividade legislativa da qual decorreu a elaboração da lei respectiva.

Conforme mencionado anteriormente, uma das objeções levantada pelos críticos do fenômeno, foram os riscos para a legitimidade democrática, conforme bem salientado por

Daniel Sarmiento:

(...) o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas. Contudo, este viés judicialista sofre contestações pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juizes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. (SARMENTO, 2009, p. 25)

A crítica democrática repousa no simples fato de que, em uma democracia, é de suma importância que as decisões políticas mais significativas sejam tomadas ou pelo povo em si, ou por seus representantes eleitos. Claro que na contemporaneidade, os teóricos reconhecem não se esgotar a democracia no respeito ao princípio majoritário, conjecturando antes atender as regras que incluem a garantia de direitos fundamentais, buscando viabilizar o envolvimento igualitário do cidadão na esfera pública, além de tutelar as minorias, em respeito à igualdade.

A questão aqui se restringe à dosagem, uma vez que a imposição de certos limites à decisão das maiorias justifica-se em nome da democracia, pois o abuso revela-se antidemocrático, por cercear demasiadamente o direito de o povo autogovernar-se. Não se trata apenas da divisão de poder ao longo do tempo, dado que a dificuldade democrática não reside somente na circunstância de as constituições retirarem do legislador ordinário futuro a oportunidade de tomar determinadas decisões.

O debate cinge-se no reconhecimento de que, frente à vagueza e abertura das normas constitucionais, o exegeta igualmente toma parte em seu processo de criação. Verifica-se assim a crítica de que esse viés judicialista latente ao neoconstitucionalismo, termina por atribuir aos magistrados um verdadeiro poder constituinte perene, permitindo-lhes delinear a constituição conforme suas preferências políticas e axiológicas, em detrimento daquelas já estabelecidas pelo legislador eleito.

Tal visão motivou a rejeição por diversas correntes filosóficas ao longo da história, da jurisdição constitucional, ou ao menos do ativismo judicial, desde os revolucionários franceses do século XVIII até os constitucionalistas populares dos Estados Unidos. No Brasil, por sua vez, costuma-se traçar um paralelo entre a defesa do ativismo e os pensamentos sociais progressistas, talvez pelo fato de que o Judiciário pátrio tem errado mais por omissão do que por ativismo excessivo, acercando-se assim, dos desmandos políticos e econômicos.

Costuma-se atribuir as críticas à judicialização da política e da vida social ao um viés conservador. Esse paralelo, entretanto, inexistente, uma vez que o Poder Judiciário pode, no exercício de sua função típica, refrear mudanças fundamentais promovidas pelos demais poderes, em prol daqueles preteridos, em defesa do *status quo*.

Foi o que ocorreu, inclusive, nos Estados no início do século XX, no período conhecido como Era de Lochner, quando a *Supreme Court* impediu de forma sistemática

a elaboração de legislação do trabalho e de algumas outras providências relacionadas à ingerência no âmbito econômico, em prol das classes menos favorecidas, baseadas em uma interpretação substancial do postulado do *due process of law*.

E essa judicialização da política na contemporaneidade, tem, sob certo viés, como pressuposto uma tentativa das elites econômicas e culturais manterem seus status políticos, vez que esquecidas no atual panorama, reiterando na dinâmica institucional do Estado a importância do Poder Judiciário, em que tais elites ainda possuem certa dominância. Questiona-se, assim, se a proteção absoluta que tem sido conferida ao direito adquirido no Brasil e o chamado ultra-garantismo penal em certos crimes não seriam justamente exemplos desse mesmo evento.

Contudo, um destaque excessivo na esfera judicial pode conduzir ao esquecimento de outras áreas significativas para a concretização do texto constitucional e dos direitos nele consagrados, propiciando um desestímulo da mobilização cívica do jurisdicionado. Ressalte-se que, em certas (raras) hipóteses, pode o ativismo judicial caminhar em paralelo com o essa mobilização social, a exemplo das manifestações por direitos civis nos Estados Unidos, durante as décadas de 50 e 60, obtendo uma resposta positiva da Suprema Corte.

Isso, contudo, nem sempre se verifica, haja vista que essa exaltação ativista pode levar um afastamento dos cidadãos do campo de luta por direitos e dos movimentos que, de alguma forma, destoem ou não se aproximem das corporações jurídicas, e essa preocupação com a exegese constitucional tende a ofuscar o papel determinante das demais instâncias na atribuição de sentido da Constituição.

Essa insistência com a hermenêutica constitucional tendo a ofuscar o papel principal das demais instâncias, na atribuição de sentido ao texto constitucional, a exemplo do Executivo, Legislativo e da esfera pública informal. Esse desvio provoca certas consequências negativas, quer no plano descritivo, quer no âmbito normativo.

Na esfera descritiva, cria-se uma imagem bastante parcial do panorama constitucional, que não é observado com todas as suas peculiaridades e méritos, passando a atenção a recair sobre a ação de um dentre os diversos agentes que desempenham o papel de interpretar a Lei Magna.

No aspecto normativo, por sua vez, beneficia-se um governo nos moldes preconizados por Platão, de sábios togados, convidados a adotar um posicionamento paternalista frente à sociedade infantilizada. Fundamenta-se, assim, a prática do ativismo judicial, partindo de uma aceitação crítica do processo político majoritário, mas que, por sua vez, despreza os diversos problemas que acometem o Poder Judiciário, elaborando-se teorias com base em concepções romantizadas e idealizadas do magistrado.

Contudo, se o processo político majoritário brasileiro está eivado de vícios deveras gravosos (e está), é certo que os magistrados não podem ser compreendidos como seres quase divinos, tampouco sua esfera de atuação deve ser compreendida como imune à política. E essa idealização do magistrado não se coaduna com as patentes

carestias suportadas pelo Poder Judiciário brasileiro, a exemplo do número exagerado de processos em trâmite, comprometendo sobremaneira a capacidade dos juízes dedicarem individualmente a cada processo o tempo e o conhecimento técnico necessários para atender aos ditames do formalismo valorativo e neoconstitucionais.

Cumpra salientar também que a formação dos magistrados brasileiros (o ensino jurídico em geral, na verdade), está repleta de lacunas e formalismos desnecessários, marcada por uma ausência de interdisciplinariedade, o que não tem sido corrigido nos concursos públicos para seleção e posteriormente no treinamento dos magistrados.

Essa fixação judicialista do constitucionalismo se reflete também na produção acadêmica brasileira. Isso porque, se por um lado há uma grande produção de artigos e livros acerca de princípios e regras, direitos fundamentais e hermenêutica constitucional (de forma bastante repetitiva, ressalte-se), outros temas, de maior importância para o desenvolvimento jurídico do país acabam por ser deixados de lado pelos juristas brasileiros, que fundamentam suas produções na Ciência Política, quando o cerne da questão é eminentemente constitucional.

Daniel Sarmento faz uma consideração bastante peculiar sobre o tema ao defender que, em determinadas hipóteses, justifica-se uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, especialmente no que se refere à defesa daqueles considerados hipossuficientes. Confira-se:

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura,¹²² conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas. (SARMENTO, 2012, p. 30)

E embora parte da doutrina crítica possa defender o ativismo em tais circunstâncias, essa mesma parcela reputa mais adequada uma conduta de auto-contenção, quer por obediência às discussões que permeiam o cenário político, quer pela constatação de que falta *expertise* ao Judiciário para proferir decisões que valorizem de forma hábil os ditames constitucionais, em esferas que não exigem um amplo conhecimento técnico estranho ao Direito (políticas públicas *v.g.*) Em casos tais, deve-se reconhecer que os demais órgãos que compõem o Estado são mais capazes de assumir uma posição central na concretização da vontade da Constituição.

Sedimenta-se, dessa forma, na cultura jurídica brasileira uma ideia errônea de que o maior (o único, talvez) intérprete da Constituição é o Poder Judiciário, o que não é verdade, uma vez que tal perspectiva ignora a auto-contenção, assim como rejeita a possibilidade

de que se construam diálogos entre as diversas instituições estatais, com vistas a definir a melhor exegese dos postulados constitucionais.

Tome-se como exemplo o famoso julgamento pelo STF da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, ocasião em que um dos argumentos mais significativos, despendido pelo então advogado de um dos *amicus curiae* favoráveis à pesquisa, Luís Roberto Barroso, tanto na tribuna quanto em sede de memoriais, residia numa ideia de que o Poder Judiciário deveria perfilhar um posicionamento mais comedido ao julgar a constitucionalidade da lei ora impugnada, vez que teria havido uma enorme consonância entre os parlamentares durante o processo legislativo.

Tal argumento foi amplamente repellido por alguns dos julgadores, que consideraram a questão insignificante, ao passo que os demais ministros (vencidos) acolheram em seus votos um posicionamento favorável à imposição de novas normas pelo Pretório Excelso na seara do Biodireito, exercendo verdadeira atividade legiferante em uma área na qual lhes faltava, sem sombra de dúvida, conhecimento técnico para tanto.

Conclui-se então que, o neoconstitucionalismo pátrio representa um erro derivado da confiança descomedida de que o Judiciário sempre será capaz de atingir satisfatoriamente as expectativas dos jurisdicionados nas mais diversas áreas, mesmo que lhe falte *expertise*, o que leva a uma inegável frustração e descontentamento.

E isso leva a um discurso deveras temerário no sentido de que o voto e a própria política devem ceder espaço à atividade judicante, especialmente no tocante à exegese constitucional dos princípios realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o que pode conduzir a outro discurso de que o jurisdicionado, de quem advém o poder e para onde ele deve sempre voltar, de acordo com o princípio democrático, não sabe como exercer seu direito de voto, colocando no cerne dos questionamentos da doutrina especializada acerca do ativismo judicial repouse no questionamento de que a ditadura de farda não destoa tanto assim da ditadura de toga, o que, para dizer o mínimo, é democraticamente preocupante.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 25.ago.2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 06 Mar. 2020.

CORTÉS, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, 2010, Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594/showToc>> (Acesso em 25.ago.2019).

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. – CEBRAP**. São Paulo, n. 96, p. 69-85, 2013. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25.ago.2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista direitos fundamentais & democracia**. Curitiba, v. 7, n. 7, p. 232-246, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 06 mar. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAPÍTULO 2

O PAPEL ILUMINISTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 16/07/2021

Edson Mario Rosa Junior

Unesc – Universidade do Extremo Sul
Catarinense

Laguna – Santa Catarina

<http://lattes.cnpq.br/5804319902950676>

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar o papel iluminista do Supremo Tribunal Federal. Para a elaboração da pesquisa foram utilizados o método dedutivo, tipo de pesquisa exploratória, abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico. Visa analisar os três papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal: contramajoritário, representativo e iluminista, averiguar o conceito e os fundamentos do Papel Iluminista desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, com enfoque em decisões recentes, bem como discorrer sobre a relação entre o papel iluminista desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e a democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Iluminismo; Supremo Tribunal Federal; Papel Iluminista; Contramajoritário; Democracia; Iluminismo; Minorias; Poder Legislativo.

THE ENLIGHTENMENT ROLE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

ABSTRACT: This paper aims to analyze the Enlightenment role of the Supreme Federal

Court. For the elaboration of the research, the deductive method, type of exploratory research, qualitative approach and bibliographic procedure were used. It aims to analyze the three roles played by the Federal Supreme Court: contermajority, representative and enlightenment, investigate the concept and the fundamentals of the Enlightenment Role played by the Federal Supreme Court, focusing on recent decisions, as well as discussing the relationship between the role played by the Supreme Court and democracy.

KEYWORDS: Constitutional right; Enlightenment; Supreme Federal Court; Enlightenment paper; countermajority; Democracy; Enlightenment; Minorities; Legislative Power.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do Poder Judiciário presente no país e tem como principal função a proteção da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como suas garantias constitucionais. É composto por 11 (onze) ministros, os quais são divididos em 2 (duas) turmas de 5 (cinco) membros cada e seu presidente, o qual participa das sessões plenárias. Toda matéria competente ao Supremo Tribunal Superior encontra-se disposta no artigo 102 da Constituição Federal, nada obstante isso, o Ministro Luís Roberto Barroso, asseverou o que declara há anos, “que o Supremo Tribunal Federal tem três funções, sendo elas contra majoritária, representativa e de ‘vanguarda iluminista’”

Segundo Barroso, a atuação da corte suprema deve ser de salvaguarda dos direitos dos grupos minoritários, protegendo assim, mas minorias das imposições discriminatórias e desarrazoadas expostas pela maioria.

Ainda, seguinte esta linha de pensamento, o Congresso teria sua legitimidade garantida pela eleição, entretanto, não teria liberdade de agir contra as minorias.

Por derradeiro, Barroso declara que a última função do STF é a de “vanguarda iluminista”, qual seja, a possibilidade do Supremo Tribunal Federal de agir em momentos históricos da nação com o escopo de “alavancar” a civilização em nome de valores racionais.

PAPÉIS DESEMPENHADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Papel Contramajoritário

As supremas cortes e tribunais constitucionais, na maioria dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do poder Legislativo, bem como invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou

Parlamento, ou seja, os ministros, os quais jamais receberam um voto popular, podem sobrepor interpretação da Constituição à que fora feita por agentes públicos investidos de mandatos representativos e legitimidade democrática.

Tal instituto que gera confusão em um Estado Democrático de Direito –visto que agentes não imbuídos de legitimidade democrática sobrepõe seus entendimentos sobre agentes imbuídos de mandato representativo e legitimidade democrática – fora apelidada de “dificuldade contramajoritária”.

Embora existam resistências acerca do assunto, o controle judicial de constitucional fora mundialmente aceito. Necessário destacar que a legitimidade democrática pauta-se principalmente em dois fundamentos principais: a) proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.

Necessário declinar que o papel contramajoritário é normalmente exercido pelas supremas cortes com determinado autocontrole. Nas ocasiões em que não se pleiteiem direitos fundamentais e pressupostos da democracia, a

Suprema Corte deverá anuir com a liberdade de conformação do legislador, bem como com a razoável discricionariedade do administrador.

Papel Representativo

Como bem sabido, a democracia atual é composta por votos, direitos e razões, nos dando, assim três dimensões distintas: representativa, constitucional e deliberativa.

A *democracia representativa*, como o próprio nome já diz, trata-se de um processo democrático realizado pela população com o intuito de eleger seus representantes através

do voto popular, porquanto, tem como principais protagonistas do referido processo, o Congresso e o Presidente.

Já, no que tange à democracia constitucional, a mesma, caracteriza-se pelo respeito aos direitos fundamentais, os quais devem ser garantidos, sendo assegurado, inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas.

Necessário salientar que a Suprema Corte, neste quesito, age como protagonista institucional, harmonizando as tensões entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais.

Por fim, tem-se a *democracia deliberativa*, a qual, tem como componente nuclear o oferecimento das razões, a discussão de ideias e a troca de argumentos. Segundo Barroso, “a democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas relevantes”.

Protagonizando esta última, temos a sociedade civil, composta por movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações, bem como cidadãos comuns.

Segundo destaca Barroso, “o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la”.

Nada obstante isso, imperioso destacar que, por inúmeras razões, o Poder Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria.

Destoa-se por muito tempo, em todo o mundo democrático, a cerca da crise dos parlamentos e das dificuldades da representação política. Em países que o voto não é obrigatório, os índices de abstenção revelam claro desinteresse acerca das eleições. Em contrapartida, nos países em que o voto torna-se obrigatório, grande parte dos eleitores sequer lembram do candidato a qual votaram na eleição passada.

Segundo declara Barroso, isso decorre de: “(i) as falhas do sistema eleitoral e partidário, (ii) às minorias partidárias que funcionam como veto *players*, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar e (iii) à captura eventual por interesses especiais”.

Por fim, necessário declarar que nem sempre o Legislativo representa o sentimento da população, em contraposto, as decisões judiciais que infirme um ato do Congresso não pode ser contrajoritária, ocorre que, a mesma será, invariavelmente, contra-legislativa, contra-congressual ou contra-parlamentar, mas não contramajoritária, outro ponto que se faz necessário declinar, é que pelo fato de não estarem sujeitas aos vícios que acometem aos ramos Políticos dos poderes, não garante-se que a Suprema Corte irá inclinar-se à favor do clamor popular. Entretanto, conforme extraído de estudos empíricos realizados nos Estados Unidos, por vezes, verificou-se que é realmente o que acontece.

Tem-se por exemplo, o caso de *Griswold v. Connecticut*, , profesira em 1965, que considerou inconstitucional a Lei que proibia o uso de anticoncepcional, mesmo que por casais já casados. A decisão supra não fora bem aceita por extremistas religiosos, no entanto, atendeu ao clamor social, ao contrário do legislativo que, através do sufrágio, em teoria iria representar a opinião pública.

Papel Iluminista

Além dos papéis supracitados, as supremas cortes desempenham o papel iluminista.

Refere-se a uma qualidade perigosa, devendo ser utilizada com grande cautela, vez que sua utilização exacerbada gera risco ao conceito fundamental de democracia, visto que esboça certa superioridade ante aos demais poderes.

Conceituando-se como um processo civilizatório que visa encaminhar a população à rumo da progressão social e da liberação de mulheres e homens, tem como escopo derrotar as superstições e preconceitos, bem como assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos.

Um de seus objetivos principais é assegurar que cada pessoa possa viver com seus valores, professar suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções das demais pessoas.

Por fim, grande exemplo no processo de evolução social através do iluminismo, é o fato de que há tempos, a escravidão era natural, mulheres eram propriedade dos maridos, negros não eram considerados cidadãos, judeus eram hereges, deficientes eram sacrificados e homossexuais eram mortos, a abolição desses eventos deu-se através do iluminismo.

CONCEITO E FUNDAMENTOS DO PAPEL ILUMINISTA DESEMPENHADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil, foi responsabilidade da Jurisdição, tomar decisões que eram pleiteadas pela população e que não tiveram amparo na política majoritária. Um dos grandes exemplos que pode ser citado, é a proibição na contratação de cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário (nepotismo).

O Supremo Tribunal Federal proferiu inúmeras decisões que podem ser consideradas iluministas, temos como exemplo, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Neste mesmo sentido, em 2016, julgara inconstitucional a norma que regulava a até então denominada “vaquejada”, arcaica manifestação cultural que ocorria no nordeste do país.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do crime de aborto realizado até o terceiro mês de gestação, baseando-se nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, bem como seu direito à autonomia, integridade física e psíquica e o direito constitucional à igualdade.

Há de se mencionar ainda, o recente julgado que autoriza a troca de nome dos indivíduos transexuais sem que haja a mudança de sexo.

Da análise detida das decisões supracitadas, verifica-se que o Supremo Tribunal

Federal decidiu em desacordo com o entendimento predominante da população e Legislativo, vez que possuem viés conservador.

RELAÇÃO ENTRE O PAPEL ILUMINISTA DESEMPENHADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DEMOCRACIA

Como suscitado anteriormente é considerada uma decisão contramajoritária aquela que proferida pela Suprema Corte frente à decisão tomada por órgão cunhado de democracia e representatividade, qual seja, o Poder Legislativo.

Embora trate-se de uma decisão contramajoritária, o Papel Iluminista desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, visa o avanço social, elucidando conflitos há muito existentes na sociedade.

Como consabido, o Estado Democrático de Direito tem como núcleo essencial três componentes: governo da maioria, limitação do poder e respeito aos direitos fundamentais. É missão da Suprema Corte manter o equilíbrio entre tais componentes.

Não há no que se falar em conflito das decisões com cunho iluminista frente à democracia, vez que a Suprema Corte, ao decidir neste sentido, visa justamente defender a democracia.

Ocorre que, visando proteger os direitos fundamentais, o Supremo assegurou os direitos aos casais homoafetivos, permitiu aos transexuais o registro do nome social sem que haja a necessidade da cirurgia de redesignação de sexo.

No que tange às mulheres, assegurou seus direitos reprodutivos, qual seja, a não penalização na realização do aborto até o terceiro mês de gestação, reforçou a proteção contra a violência doméstica na interpretação da Lei Maria da Penha e nas situações de estupro, bem como pôs fim a desigualdade entre casamento e união estável, o qual gerava grande discriminação à mulher não casada.

No que concerne a população negra, validou ações afirmativas no acesso às universidades, bem como ingresso nos concursos públicos, ainda, protegeu os direitos das comunidades quilombolas.

Necessário salientar ainda, acerca da população indígena, a qual o Supremo assegurou a demarcação de grandes reservas, protegendo não só as populações quilombolas, mas também o meio ambiente. Nada obstante isso, no que se refere à liberdade de expressão, a Suprema Corte derrubou a interpretação que exigia autorização prévia para a divulgação de biografias, bem como foi extremamente proativa na proteção constitucional à liberdade de empresa.

Em relação à liberdade científica, assegurou as pesquisas com células-tronco embrionárias, as quais são extremamente necessárias para o avanço atual da medicina, bem como esteve afrente da ética animal, ponto este que há pouco passou a ser cogitado pela sociedade, proibindo assim, a briga de galo, farra de boi e, como supracitada, a

vaquejada.

Destarte, não há no que se falar em afronta à Democracia no que tange às decisões com papel iluminista proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça, visto que agindo em seu pleno direito – e dever de garantir a proteção às minorias –, embora sejam de caráter contramajoritário, cumprem seu dever constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como principal escopo elucidar as dúvidas acerca dos papéis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como verificar a constitucionalidade do papel iluminista do Supremo Tribunal Federal, além de averiguar o conceito e os fundamentos do Papel Iluminista pelo Supremo Tribunal Federal e, discorrer acerca da relação entre o papel iluminista desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e a democracia.

Por fim, delimitou-se e conceituou-se os institutos supracitados, bem como definindo a atuação do Supremo Tribunal Federal no que tange ao papel iluminista em suas decisões, declinando quais ocasiões fora realizado.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. **Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Tribunals in Contemporary Democracies**. Direito & Práxis. Rio de Janeiro, 2017.

<http://www.justificando.com/2018/03/26/supremo-tribunal-federal-e-a-vanguarda-iluminista-em-xeque/>.

<https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>.

STF – **ADI 4275 DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/03/2018.

STF - **ADI: 4277 DF**, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341.

STF, **Habeas Corpus 124.306 RJ**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/11/2016.

STF, **Pleno, ADI 4983**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.2016.

CAPÍTULO 3

O CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE À LUZ DA CONCEPÇÃO DE ANTONIO NEGRI

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 16/07/2021

Edson Mario Rosa Junior

Unesc – Universidade do Extremo Sul
Catarinense

Laguna – Santa Catarina

<http://lattes.cnpq.br/5804319902950676>

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o conceito de poder constituinte à luz da concepção de Antonio Negri. Para a elaboração da pesquisa, foram utilizados o método dedutivo, tipo de pesquisa exploratória, abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico. O conceito tradicional de poder constituinte o limitou no tempo e no espaço, eis que assentou que esse inaugura uma nova ordem política através de uma nova constituição e logo após adormece. Entretanto, é consabido que o poder constituinte não se esgota na constituição e não se limita a uma categoria jurídica. E é a partir daí que surge a necessidade de se pensar um conceito de poder constituinte para além da sua conceituação tradicional, mais especificamente à luz da concepção desenvolvida por Antonio Negri.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte; Antonio Negri.

THE CONCEPT OF CONSTITUTING POWER IN LIGHT OF ANTONIO NEGRI'S CONCEPTION

ABSTRACT: This paper aims to analyze the concept of constituent power in the light of Antonio Negri's conception. For the elaboration of the research, the deductive method, type of exploratory research, qualitative approach and bibliographic procedure were used. The traditional concept of constituent power limited him in time and space, since he established that he inaugurates a new political order through a new constitution and soon after he falls asleep. However, it is well known that the constituent power is not limited to the constitution and is not limited to a legal category. And it is from there that the need arises to think of a concept of constituent power beyond its traditional concept, more specifically in the light of the concept developed by Antonio Negri.

KEYWORDS: Constituent Power; Antonio Negri.

INTRODUÇÃO

O poder constituinte, segundo sua conceituação tradicional, está ameadado a própria constituição política dos Estados, eis que surge como um movimento tendente a criação de uma nova carta política e adormece após a efetivação das mesmas.

Em que pese a conceituação tradicional mencionada no parágrafo supra, é de se mencionar que já há muito se sabe que o poder constituinte não encontra tamanha limitação

como quer fazer crer a sua conceituação tradicional, a qual o revela como um poder formal e uma mera categoria jurídica.

Aqui, vale ressaltar que não se ignora o atrelamento que o poder constituinte possui com a constituição, eis que é nele que a bíblia política do Estado encontra a origem popular e política de sua validade.

Ocorre que, para além função exercida antes da criação do Estado constitucional, o “poder constituinte cria a democracia, o governo absoluto da multidão, contraposto ao governo limitado do constitucionalismo” (BERCOVICI, 2008, p. 34).

E é a partir do conceito alargado de poder constituinte e da superação do conceito tradicional que se fará uma análise do mesmo à luz da concepção de Antonio Negri.

O PODER CONSTITUINTE À LUZ DA CONCEPÇÃO DE ANTONIO NEGRI: NOÇÕES PRELIMINARES

Antes de adentrar literalmente na análise da conceituação emprestada por Antonio Negri ao poder constituinte, impende mencionar aquilo que funda referida conceituação.

Inicialmente, é de se mencionar que a compreensão do conceito proposto por Antonio Negri, conforme reconhece o próprio autor na obra “O poder constituinte”, obriga a análise de três autores materialistas sobre os quais o seu conceito encontra supedâneo, são eles: Maquiável, Spinoza e Marx.

A síntese dos conceitos propostos por Maquiável, Spinoza e Marx, permitiu que Antonio Negri chegasse a um conceito dotado de dois viés. Um, de natureza ontológica, que tem fundamento em Spinoza. E outro, de natureza história, que encontra embasamento na figura de Marx e em seu conceito de trabalho vivo.

Inspirado nos autores sobreditos, Antonio Negri conceitua poder constituinte como a potência da multidão em seu movimento imparável na criação de mudanças, confundindo-se, portanto, com a política em sua mais elementar definição (BERCOVICI, 2008, p. 34).

MULTIDÃO E POTÊNCIA

Segundo depreende-se da conceituação proposta por Antonio Negri ao poder constituinte, potência e multidão são intrínsecos ao mesmo, sendo que o mesmo resta impossibilitado de se expressar quando não integrado a essas duas noções.

A potência, segundo Antonio Negri, consiste na ausência de determinações e limitações, e em um autêntico espaço de criação. A multidão, por sua vez, à luz da concepção de Antonio Negri, é a multiplicidade de singularidades:

Uma multidão é uma multiplicidade irreduzível; as diferenças sociais singulares que constituem a multidão devem ser expressadas, não podendo ser aplainadas na uniformidade, na unidade, na identidade ou na indiferença. A multidão não é apenas uma multiplicidade fragmentada e dispersa. (HARDT; NEGRI, 2014, p. 145).

Assim é que o conceito de poder constituinte, na lição de Negri, tem a multidão e na potência como noções intrínsecas ao mesmo.

O CONCEITO DE PODER CONSTITUINTE À LUZ DA CONCEPÇÃO DE ANTONIO NEGRI

Apresentado o conceito de potência e multidão, bem como já mencionado que o conceito de poder constituinte não pode ser tido exclusivamente dentro dos mecanismos jurídicos, resta mencionar que uma situação sempre presente no texto de Antonio Negri é a articulação do poder constituinte a um conceito constante de crise, o que faz com que o mesmo sempre esteja ligado a ideia de revolução.

Todas as linhas da nossa pesquisa nos conduzem a uma conclusão: o poder constituinte é um sujeito. Este sujeito, esta subjetividade coletiva, desprende-se de todas as condições e contradições aos quais a sua força constituinte é submetida nos momentos cruciais da história política e constitucional. Este sujeito não é progressivo; ao contrário, é a antítese continua de toda progressão constitucional: tanto o seu nascimento como a sua ruptura ocorrem contra o processo constitucional e o sujeito constituinte nunca se submete à permanência estática e cerceadora da vida constitucional (NEGRI, 2002, p. 447).

O conceito de poder constituinte sobredito é radical, eis que pressupõe uma formatação contemporânea nas relações sociais, com novas formas de organização social, motivo pelo qual Antonio Negri aduz que “a definição de poder constituinte nos instala além dos limites do moderno” (2002, p. 447).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim é que o conceito tradicional que poder constituinte, que ampara a supremacia do poder constituído frente ao poder constituinte, encontra-se superado, eis que já há muito se sabe que o poder constituinte não encontra tamanha limitação como quer fazer crer referida conceituação, a qual o revela como um poder formal e uma mera categoria jurídica.

Superado o conceito tradicional, é necessário trazer ao poder constituinte possibilidades para solução dos problemas contemporâneos. E é aqui, justamente, que reside a conceituação proposta por Antonio Negri ao poder constituinte.

O conceito proposto por Antonio Negri, conforme falado alhures, se adequa a essa necessidade contemporânea, eis que tendo como noções intrínsecas a potência e a multidão, retira o poder constituinte do seu aspecto meramente formal e jurídico, para o conceituar como um poder que nunca se submete a permanência estática e cerceadora da vida constitucional, apto, portanto, a acompanhar as mudanças sociais.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo Quartier Latin, 2008.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio; Multidão: guerra e democracia na era do império. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2014.

NEGRI, Antonio. O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2002.

CAPÍTULO 4

ACORDO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 03/05/2021

Felipe Costa Albuquerque Camargo

Centro Universitário de Brasília (CEUB)
Brasília/DF

<http://lattes.cnpq.br/5372508077798312>

RESUMO: Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal realizou acordos em sede de controle de constitucionalidade para solucionar celeumas sem um julgamento efetivo. Ocorre que essa forma de solução dos processos constitucionais é inovadora e merece a devida atenção, especialmente considerando o fato de que um juízo de constitucionalidade não comporta especulações, a decisão deve ser clara e objetiva sobre o que viola a Carta Constitucional. Desse modo, a análise jurídica dos acordos em controle de constitucionalidade leva à conclusão de que em algumas hipóteses há viabilidade, em outras, não há o espaço desejado.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

SETTLEMENTS ON A JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT: In recent years the Brazilian Supreme Court has made settlements in judicial review to solve controversies without an effective judgment. However, this way of solving constitutional cases is innovative and deserves due attention, especially considering the fact that a constitutionality judgment does not allow

for speculation; the decision must be clear and objective about what violates the Constitution. Thus, the legal analysis of agreements in constitutionality control leads to the conclusion that in some hypotheses there is viability, in others, there is not the desired space.

KEYWORDS: Settlements. Judicial review. Supreme Court.

1 | SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA QUESTÃO NO BRASIL

O tema objeto deste artigo surge com maior força e visibilidade inicialmente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 165/DF, em 2018, na qual se buscou a realização de um acordo para solucionar a questão referente aos expurgos inflacionários derivados dos diversos planos econômicos entre 1987 e 1991 (planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II).

Em seguida, diversas situações levaram o Supremo Tribunal Federal (STF) a implementar o acordo em ações do controle concentrado de constitucionalidade, tais como: ADPF 568/PR e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 25/DF.

No mesmo lapso temporal dos acordos acima mencionados, bate às portas da Corte Constitucional o tabelamento de preços do transporte rodoviário de cargas, oriundo da paralização dos caminhoneiros ocorrida em 21/05/2018.

A temática chega ao STF com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 5956/DF, 5959/DF e 5964/DF, todas questionando, em essência, o tabelamento de preços da economia.

As ações são distribuídas ao Ministro Luiz Fux, um dos principais elaboradores do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), que desde o primeiro momento de análise dos processos busca audiências para um acordo sobre o tema.

Como é cediço, uma das vertentes estabelecidas pelo CPC/2015 é a busca incessante pela resolução do conflito de forma dialogada, vide artigo 3º, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. Sendo assim, diante da repercussão política do tema e do movimento iniciado em 2018 com a ADPF 165/DF, o Ministro entendeu que a melhor saída seria o diálogo com um consequente acordo.

Todavia, apesar de a essência do controle de constitucionalidade ser a verificação da regularidade constitucional de atos do Poder Público face a Constituição, cada forma de exercício desse controle detém especificidades que devem respeitar sua regulamentação legal e constitucional, dada a fragilizada, mas importantíssima, reserva legal.

Portanto, diante desse contexto, observa-se que a análise acerca da possibilidade de acordo em controle de constitucionalidade deve ser realizada de forma mais aprofundada, pois se faz imperiosa a verificação das hipóteses em que essa solução é possível e as situações em que ela é impensável.

A utilização equivocada do acordo em controle de constitucionalidade pode ter o resultado oposto ao pretendido, pois discussões constitucionais, no atual momento da sociedade, raramente se encerram na mera subsunção normativa.

Destarte, um acordo, a depender da situação, quebra a separação de poderes, a defesa da ordem constitucional e, até mesmo, a balança da justiça, pois os atores que sentam à mesa em um acordo ocorrido em ações do controle concentrado (ao menos nos ocorridos até o momento) não possuem procuração da sociedade brasileira.

Com base nesses pontos, é indene de dúvida a importância do tema posto, uma vez que apesar da enorme judicialização no país ser um problema, a qualidade da prestação jurisdicional e a sua forma são ainda mais relevantes. O paradoxo é claro, como conseguir a adequada prestação jurisdicional com a quantidade de processos hoje existente, levando em conta a busca por segurança jurídica que perpassa, necessariamente, por uma quantidade adequada de magistrados.

Inclusive, o prognóstico parece indicar para a intensificação da solução dos conflitos no STF por meio de acordos, notadamente após a criação do Centro de Mediação e Conciliação (CMC) pelo Ministro Dias Toffoli durante sua presidência da Corte¹.

1 Resolução 697, de 06 de agosto de 2020 - <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DJE198.pdf>

21 NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO E CONFORMIDADE COM JULGAMENTOS EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Acordo nada mais é senão um negócio jurídico, ou seja, um ato voluntário por meio do qual o indivíduo delimita o objeto da sua vontade e controla, em grande parte, os efeitos do que pretendido². Veja-se, o acordo não é um mero ato jurídico lícito, pois as partes devem ter o poder de definir os efeitos do que foi acordado, do contrário não poderia ser um negócio jurídico.

O destaque para a classificação do acordo como um negócio jurídico, adentra a situação de que a doutrina civilista clássica aponta que o negócio jurídico é a forma principal de efetivação do princípio da autonomia privada.

O acordo, em sentido próprio, não é definido no ordenamento jurídico brasileiro como um negócio jurídico específico. Acordo é gênero do qual se extrai a verdadeira figura jurídica ora tratada, a transação.

Portanto, sendo o enfoque do estudo o acordo no controle de constitucionalidade, isto é, resolução de uma demanda judicial na qual se analisa a validade de um ato normativo frente à Constituição, a solução consensual do litígio há de se efetivar pelo instituto jurídico existente, qual seja, a transação, tal como estabelecida no art. 840 do Código Civil (CC).

Sendo assim, como forma de uniformizar o tratamento dado a questão, acordo será tratado como sinônimo de transação, sendo definido como a manifestação de vontade de **duas** ou mais pessoas, visando controlar os efeitos do que transacionam, para pôr fim a um litígio³. Corroborando a figura da transação, o CPC/2015, no art. 487, quando trata da sentença com resolução de mérito fala em homologação da “transação”.

Destaca-se, não se olvida da existência da transação extraprocessual, aquela que visa prevenir um litígio. Todavia, como o foco do artigo é o acordo em uma demanda já judicializada, o foco será a transação judicial, que visa pôr fim a um litígio.

Apesar de não ser o foco do trabalho, é importante que se assente que a transação desde o CC/2002 é uma espécie contratual, superando o entendimento consagrado no Código Civil de 1916 que a definia como forma de extinção das obrigações⁴.

2 REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. Ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2002; PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 3. ed. – Coimbra: Editora Coimbra 1999; PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995; FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013; TARTUCE, Flavio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016; TARTUCE, Flavio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015; GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

3 FIGUEIREDO, Fábio Vieira. Mini código civil comentado – Salvador: Editora Juspodivm, 2020; GODOY, Claudio Luiz Bueno de; coordenação PELUSO, Cezar. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed. rev. e atual. – Barueri: Manole, 2018; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Braga. Código civil comentado. Salvador: Editora Juspodivm, 2020; DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007; GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

4 GODOY, Claudio Luiz Bueno de; coordenação PELUSO, Cezar. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed. rev. e atual. – Barueri: Manole, 2018; ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Braga. Código civil comentado. Salvador: Editora Juspodivm, 2020; DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obriga-

Assim, como todo negócio jurídico, a submissão do acordo ao disposto no art. 104 do Código Civil (CC) é imperiosa, ou seja, para ser válido, (i) os agentes devem ser capazes, (ii) o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, além da (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Apesar de o acordo, hoje, ser bem visto nos mais amplos ramos do direito, não devemos renegar o passado e achar que as bases dos institutos são irrelevantes. Sendo um negócio jurídico, dependente da aceitação multilateral de um objeto lícito e disponível transacionado, há uma forte presença do âmbito privado, o qual não está presente na temática controle de constitucionalidade.

Com base nos acordos já realizados, se faz necessário avaliar se a transação efetivada foi lícita sob a perspectiva legal e constitucional, com base, inclusive, nos mais sólidos requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104 do CC), além das bases do Poder estatal, qual seja, a separação das funções do Poder.

A separação das funções do Poder (separação de poderes) é característica basilar de qualquer Estado democrático. Em A Política, Aristóteles, ao destrinchar as espécies de governos, atribui em diversas passagens a impossibilidade do mesmo homem ser senador e juiz, dado que é impossível a junção de duas funções tão importantes em uma só pessoa, sob pena de exercício ineficiente de uma delas.

Afirma o filósofo que todo governo possui três partes, sendo uma a encarregada de deliberar sobre os negócios públicos, outra responsável pelas magistraturas em geral e a última é responsável pela administração da Justiça. Portanto, a gênese da divisão das funções do Poder já é vista em Aristóteles.

Contudo, apenas Montesquieu⁵, em 1748, traz bem definidas as funções do Poder, afirmando que a uma cumpre a criação das leis, inclusive com a capacidade de alterá-las ou ab-roga-lás. A outra é atribuída a competência de fazer a paz e a guerra, bem como estabelecer a segurança. Por fim, a última função é incumbida de julgar.

Portanto, a partir desse momento a separação das funções do Poder é melhor explicitada e passa a ser utilizada pelos Estados, sempre visando o governo republicano e democrático.

Consolidada a ideia de que o Poder na mão de um só, sem uma divisão de funções, se mostrava temerária, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, oriunda da revolução francesa, assenta em seu art. 16 que uma sociedade na qual a Lei Maior não assegure a separação de poderes não possui uma Constituição.

Sendo assim, a partir de 1789 a separação dos poderes é consolidada em um documento e passar a reger efetivamente a vida dos Estados que almejam respeitar uma Carta Política.

ções contratuais e extracontratuais. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
5 MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. O espírito das leis. Tradução publicada sob licença de difusão europeia do livro. 1. ed. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial. 1973.

Todavia, é imperioso destacar que a pretensão francesa diz respeito à visão de um Judiciário praticamente subordinado aos demais poderes, mas, principalmente, ao Legislativo. Advém dessa ideia a expressão “juiz boca da lei”, dado que os franceses (Terceiro Estado), marcados pela história de juízes burgueses que os exploravam, não admitiam perder o controle das rédeas estatais por juízes tendenciosos.

Sob essa perspectiva, a forma mais acertada para se dividir o Poder, mas manter seu controle, era ter um Judiciário que apenas aplicasse o que a lei manda, sem competência interpretativa. Em síntese, o poder estava com o povo no Legislativo.

Por outro lado, essa visão nunca foi bem aceita nos países oriundos da *commom law*, dado que nessa sistemática o juiz sempre foi parte fundamental da construção do ordenamento jurídico.

A ideia de um “juiz boca da lei” nem mesmo possui espaço em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, dado que nesses Estados o juiz funciona efetivamente como um elaborador de normas.

Contudo, esse pensamento não leva à conclusão direta de que não há a necessidade de divisão das funções do Poder no sistema da *commom law*, a grande diferença está no fato de que há o reconhecimento da grande dificuldade que é dividir o Poder e deixar cada função com atribuições estanques e em completo respeito às atribuições das demais.

Inclusive, em uma situação de completa divisão, é natural que quem detém o Poder sem contraponto abuse do que lhe é atribuído. Nessa perspectiva, necessário que sejam pensadas formas de contraposição entre os poderes, notadamente com um sistema em que eles se fiscalizem mutuamente e dependam um do outro.

Dessa ideia surge o *check and balances* (pesos e contrapesos), a qual prima pela fiscalização e dependência mútuas entre as funções do Poder.

A Constituição brasileira de 1988 em seu artigo 2º já traz a separação de poderes e durante toda a sua sistemática estabelece situações de fiscalização e dependência entre os poderes.

A principal e mais importante situação de respeito à separação dos poderes é oriunda da combinação do art. 1º, que estabelece o Brasil como uma República e um Estado Democrático de Direito, combinado com o princípio da legalidade, estabelecido como direito fundamental (art. 5º, II) e como princípio da administração pública (art. 37, *caput*).

Portanto, o que for aprovado pelo Parlamento como Lei impõe submissão pelo Executivo e pelo Judiciário, ressalvada a hipótese de controle de constitucionalidade, exercida pela jurisdição constitucional.

Destarte, a lei e o seu processo de elaboração, decorrente de poderes eleitos, é o clássico e mais importante exemplo do respeito à separação de poderes. Outros exemplos podem ser citados, como o julgamento, pelo Senado Federal, de Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 52, II, CRFB/88); o julgamento, do Presidente da República, pelo

Congresso Nacional (art. 51, I, c/c 52, I ambos da CRFB/88); a impossibilidade de início de programas ou projetos pelo Executivo não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, I) e etc.

Veja-se, em alguns exemplos um dos poderes sai da sua esfera típica de atribuições, ao menos na ideia trazida à luz por Montesquieu. O Congresso funciona como julgador de Ministros do Supremo Tribunal Federal, em uma clara inversão de papéis. Por outro lado, há hipóteses apenas de dependência mútua, como, por exemplo, na necessidade de o Executivo negociar com o Legislativo a sua pretensão de execução de algum projeto. Apesar de não existir nenhuma inversão de papéis, há a necessidade de diálogo e convivência, sendo que apenas a negociação política é capaz de efetivar as pretensões do Executivo e acomodar as do Legislativo.

De uma forma sintética, a divisão das funções do Poder e a ideia de *checks and balances* depende, a todo momento, do jogo político, muitas vezes visto como algo sujo pelas pessoas, mas que, na verdade, é completamente lícito, certo e **necessário**.

Trazidos todos esses pontos, importante finalizar assentando o que é, como funciona e a dimensão com a qual deve ser compreendida a jurisdição constitucional, para entender a possibilidade ou não de acordos em controle de constitucionalidade, especialmente sobre leis.

A jurisdição é o poder do Estado de resolver problemas, com definitividade, mediante a aplicação do Direito ao caso analisado com o intuito de pacificação social. A jurisdição é a função de julgar, típica do Judiciário na tradicional separação de poderes, considerando as três funções típicas: legislar, administrar e julgar.

A função jurisdicional é efetivada pelo Judiciário por meio do devido processo legal. A baliza básica da atuação jurisdicional, considerando as atividades do Estado, é a moldura normativa estabelecida pela Lei, devidamente debatida pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo. Portanto, em tese, ao Judiciário cumpre solucionar conflitos com base nos ditames legais. Em síntese, utilizar a força para imposição legal.

Contudo, com o surgimento do constitucionalismo, uma nova faceta da jurisdição foi inaugurada, a chamada jurisdição constitucional, que tem o poder de invalidar normativos editados pelo Legislativo com base em uma norma maior, que estaria no ápice da estratificação normativa (Constituição).

A principal forma de efetivação da jurisdição constitucional é pelo controle de constitucionalidade, o qual pode se dar incidentalmente ou de forma abstrata. O primeiro é o chamado controle difuso de constitucionalidade e o segundo o controle concentrado de constitucionalidade.

No Brasil, o controle difuso é exercido por qualquer magistrado. Já o controle abstrato, tendo como parâmetro a Carta de 1988, é monopólio do Supremo Tribunal Federal por meio das ações de controle concentrado (ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação declaratória de constitucionalidade e

ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

Em relação ao histórico, à primeira vista é possível imaginar que a jurisdição constitucional se consolidou e foi aceita desde o surgimento das Constituições, em 1787 nos Estados Unidos (EUA) e em 1791 na Revolução Francesa.

Todavia, sempre necessário trazer à baila a realidade para entendermos como, hoje, a jurisdição constitucional evoluiu e como sua efetivação foi um caminho de respeito, até o atual momento em que, no Brasil, o órgão de cúpula do Judiciário funciona como um ator político.

O primeiro grande caso da jurisdição constitucional no mundo é o famoso *Marbury vs Madison*, no qual a Suprema Corte americana foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade da nomeação de diversos juízes ocasionado por uma legislação aprovada em fevereiro de 1801 (situação também conhecida como *midnight judges*)⁶.

Considerando, à época, a recente criação da Constituição e a estrutura frágil da ideia de um Tribunal anular uma lei emanada de representantes do povo, a Suprema Corte, comandada pelo juiz John Marshall, percebe a fragilidade do momento para o Tribunal exercer o controle de constitucionalidade.

Diante dessa situação, a Suprema Corte assenta seu poder para anular leis e atos contrários à Constituição, porém declara sua incompetência para julgar o caso, evitando um desgaste político e exarando sua posição de defensora da Constituição de 1787.

Portanto, apesar de as faculdades ensinarem que o nascimento do controle de constitucionalidade se dá nos EUA no caso *Marbury vs Madison*, a realidade demonstra que a Suprema Corte **não** exerceu qualquer controle de constitucionalidade, em verdade, a preservação foi o ponto nodal, com uma declaração de incompetência para análise do questionamento.

Ocorre que após esse julgamento a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade são consolidados no mundo até chegarmos ao atual cenário de elevação das Cortes Constitucionais⁷, com a inclusão recente dos acordos em controle de constitucionalidade.

Portanto, a jurisdição constitucional, oriunda do Poder do Estado de dizer o direito frente ao caso posto, possibilita que um órgão fora do Legislativo invalide uma norma aprovada pelos representantes do povo.

Com base nesses conceitos colocados, observa-se que na divisão de atribuições de cada função do Poder no Estado a jurisdição constitucional ao passar dos anos foi absorvendo competências que não foram pensadas inicialmente como da sua seara, seja por uma “delegação” do próprio poder político seja por um anseio político de magistrados.

6 SOUTO, João Carlos. Suprema corte dos Estados Unidos: principais decisões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

7 ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. – acordo no controle de constitucionalidade. MARTINS, Flávio. Curso de direito constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

Diante do trazido, necessário, agora, avaliar os acordos encetados no STF e sua conformidade com os pontos trazidos.

Como destacado, o primeiro é realizado na ADPF 165/DF, na qual o STF homologou um acordo proposto pela Advocacia-Geral da União (AGU), Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), Frente Brasileira pelos Poupadores (Febrapo), Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif), com base no fato de que o direito transacionado seria disponível.

Na exordial da demanda, proposta pela Consif, o pedido feito ao STF diz respeito à declaração de constitucionalidade de diversos dispositivos dos Planos econômicos (Bresser, Verão, Collor I e Collor II), no intuito de garantir segurança jurídica e assentar que as alterações nas formas de recomposição da moeda não seriam inconstitucionais. A principal razão da demanda é o fato de que uma quantidade enorme de ações foi proposta em primeira instância requerendo indenização por perdas oriundas de cálculos inconstitucionais derivados dos planos econômicos.

A demanda é proposta em 2009, sendo que quase uma década após, sem a devida solução o acordo é proposto sob o argumento de que o direito seria disponível e os atores transacionantes teriam legitimidade. Ora, quanto à matéria de fundo, de fato o direito é disponível. O problema surge quando o STF, em uma ação de controle abstrato, decide homologar um acordo para não analisar uma possível violação à Carta da República.

Veja-se, por mais que o direito seja disponível, qual a legitimidade do STF, especialmente diante da ideia do controle de constitucionalidade, para extinguir uma ação por acordo, quando a própria lei que regulamenta processualmente as ações do controle concentrado veda a desistência da ação (art. 5º da Lei 9.868/1999, aplicada subsidiariamente às ADPFs).

A ideia da impossibilidade de desistência é o fato de que uma violação à Carta Maior não pode sair impune, sob pena de perda da autoridade e eficácia do documento normativo mais importante de um estado democrático de direito.

A homologação efetuada pelo STF é de tamanha estranheza, que a Corte se vale das normas do CPC para extinguir a demanda (art. 487, III), ao invés de julgar conforme as normas que regulamentam a matéria (Lei 9.882/1999 e 9.868/1999).

No acordo proposto e homologado, o entendimento se deu no sentido de que o direito transacionado seria disponível e admitira a resolução da demanda, mesmo existindo uma celeuma constitucional a ser solucionada. Portanto, o STF, neste caso, abriu mão de sua função constitucional e, em desacordo com a Lei, homologou acordo para extinguir uma ação de índole objetiva com resolução de mérito, sem adentrar ao mérito (constitucionalidade ou não dos dispositivos impugnados).

Outro ponto a ser analisado diz respeito à juridicidade do acordo frente aos requisitos do art. 104 do CC. É possível assentar a legitimidade dos agentes para o acordo, considerando os efeitos concretos trazidos e a ideia de representação e substituição

processual. Porém, ainda assim há uma dúvida sobre as consequências das cláusulas dos acordos para os advogados das ações de primeiro grau. Por outro lado, a validade do acordo sobre a perspectiva da licitude do objeto é duvidosa, dado que ao fim e ao cabo o que foi realizado se resume à trasação dos efeitos de uma norma jurídica (dispositivos legais), cuja competência possuem apenas o Congresso e o STF, este quando efetivamente julga.

Em outra situação, na ADPF 568/PR, discute-se a constitucionalidade de acordo de assunção de competência firmado entre o Ministério Público Federal (Procuradoria da República do Paraná) e a Petróleo Brasileiro S.A (Petrobrás) no qual se estabelece que o MPF, por meio de uma fundação, será responsável pela gestão de vultosos recursos oriundos de acordo indenização paga pela Petrobrás, bem como da decisão judicial de primeiro grau que homologou o acordo.

A exordial defende a inconstitucionalidade do ato por violação à separação de poderes, princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade e garantia da independência finalística e orçamentária do Ministério Público.

Em 17/09/2019, o Ministro Alexandre de Moraes homologa acordo apresentado, firmado entre a Procuradoria-Geral da República (PGR), AGU, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal e do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, ou seja, sem a intervenção do juiz prolator da decisão questionada ou da Petrobrás.

Apesar de o caso ser tipicamente de solução de conflito concreto, o que indubitavelmente admite transação, o acordo efetivado se deu, mais uma vez, em sede de ação de controle abstrato, com utilização de normas estranhas para sua consecução.

Contudo, um ponto interessante do caso diz respeito ao fato de que o Ministro Alexandre de Moraes assenta a inconstitucionalidade dos atos questionados e admite o acordo por resolver celeuma concreta que, a seu ver, diz respeito apenas a quem assinou o acordo proposto.

Portanto, no segundo acordo efetivado, mais uma vez a Lei 9.882/1999 e a Lei 9.868/1999 foram dribladas. A legitimidade é resolvida no caso quando se analisa que efetivamente houve uma atuação jurisdicional, vide o exposto no parágrafo anterior. Quanto ao objeto, era um acordo e uma decisão de efeitos concretos, que admitiam a transação pelos atores legitimados.

Um terceiro acordo é homologado pelo Supremo Tribunal Federal, desta vez na ADO 25/DF, na qual se pugna pela declaração de omissão do Congresso Nacional em editar a norma imposta pelo art. 91, caput e §§, do ADCT (recomposição pelas perdas financeiras dos estados-membros com a imunidade constitucional de exportação do ICMS).

O STF, em 20/05/2020, homologou acordo assinado por todos os Governadores de modo a assentar a necessidade de o Congresso Nacional editar Lei Complementar regulamentando o referido dispositivo constitucional.

No caso, observe-se que **todos** os interessados finais assinaram o acordo, o qual não impôs nenhuma obrigação efetiva, apenas se deu no intuito de um direcionamento

da questão. Ademais, ponto nodal se restringe ao fato de que o STF, em 2016, já havia declara a situação de inconstitucionalidade por omissão e julgado a violação constitucional. Portanto, o acordo efetivado não se deu de forma completamente estranha ao trâmite de uma ação do controle abstrato.

Por fim, tem-se, como destacado no início, a situação peculiar e específica das ADIs 5956/DF, 5959/DF e 5964/DF (ADIs do tabelamento de frete). Nestas, o pedido uniforme é a declaração de inconstitucionalidade de norma legal que estabelece um piso mínimo para remuneração do transporte rodoviário de cargas.

Os argumentos, em síntese, defendem que uma economia de mercado como a brasileira, escolha da Carta da República, não admite o tabelamento de preços por ferir a livre iniciativa.

O Min. Luiz Fux, desde que foi sorteado relator do caso busca audiência no intuito de efetivar um acordo nas ações. Todavia, a forma como o Ministro pretende efetivar essa pretensão é ao todo desconhecida, pois, como destacado, todas as hipóteses já ocorridas se deram em casos de efeitos concretos ou de mera composição de intenções.

A busca do relator, nos casos mencionados, é uma completa subversão da ordem jurídica, pois a Corte Constitucional terá que mediar a composição de interesses dos autores das demandas, em conjunto com associações representativas de caminhoneiros, a AGU e os Presidentes das Casas Legislativas, para passar por cima de uma norma aprovada no Congresso sem a sua declaração de inconstitucionalidade em um julgamento efetivo.

Portanto, o acolhimento de uma transação, no caso específico das ADIs do tabelamento do frete, mostra-se completamente inovador e com um toque de inconstitucionalidade, considerando a lógica da separação de poderes, a função do STF e as normas que regem as ações de controle concentrado.

Ora, como destacado alhures, a jurisdição constitucional evoluiu e assumiu importantes funções, mas jamais o Legislativo deixou de ter o império da função legislativa, muito menos o Estado deixou de se pautar no princípio da legalidade e no postulado republicano. Um acordo sobre uma norma, com a chancela do STF, coloca a Corte Constitucional no centro da vida política e legislativa, pois lhe atribui poderes muito maiores que os demais, exorbitando, e muito, sua função precípua de legislador negativo.

Ante os casos expostos e as situações colocadas, o STF, ao introduzir os acordos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, trouxe situação completamente nova ao cenário da jurisdição constitucional brasileira.

3 | CONCLUSÃO

Diante da análise perpetrada em relação à transação, à função da jurisdição constitucional e aos casos em que o STF efetivou o acordo em ações do controle concentrado de constitucionalidade, inevitável que se busque responder a seguinte

pergunta: é juridicamente possível o acordo com controle de constitucionalidade?

Como toda resposta em direito, depende. Em uma análise inicial, verifica-se que as leis que regem as ações do controle abstrato de constitucionalidade não possibilitam essa atuação do STF, sob pena de violação ao postulado da legalidade e do ao Estado de Direito.

A violação à Carta da República deve ser combatida e extirpada, não postergada. Essa é a ideia de toda a lógica da jurisdição constitucional e da existência de uma Constituição, no intuito de garantir segurança jurídica à sociedade ao impor o respeito à norma maior.

Na ADPF 165/DF, por exemplo, a Corte, ao homologar o acordo afirmou que não se vinculava as teses jurídicas. Porém, se homologou o acordo, entendeu que não existia inconstitucionalidade nas suas disposições. Ao mesmo tempo, caso se entenda que efetivamente não analisou a celeuma, desrespeitou a sua função de interpretar a Constituição uma vez provocada.

Já na ADPF 568/DF, o Min. Alexandre de Moraes não se esquivou, assentou a inconstitucionalidade do ato questionado, porém se valeu do CPC para extinguir uma ação do controle concentrado.

Na ADO 25/DF, o STF ao homologar o acordo proposto agiu apenas como um certificador da intenção de Governadores de dialogarem com o Congresso Nacional para dar cumprimento a uma decisão já exarada pela Suprema Corte. Portanto, no caso, não me parece existir qualquer entrave para a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, quando analisamos o caso ainda não finalizado, mas cujas intenções são claras, qual seja, ADIs do tabelamento de frete, não se verifica, seja por qual ângulo for, a constitucionalidade de um acordo.

O STF não pode se esquivar de decidir sobre uma violação estritamente abstrata, do mesmo modo que não pode achar que um acordo substitui a vontade emanada do Congresso. As únicas formas de alterar uma lei são: nova lei aprovada pelo Parlamento ou um julgamento da jurisdição constitucional. Outra forma é juridicamente impossível.

Desse modo, apesar de o histórico vivenciado nos últimos anos de acordo em controle abstrato de constitucionalidade, juridicamente, observa-se situações de viabilidade, como na ADO 25/DF, situações de incertezas, como na ADPF 165/DF e na ADPF 568/DF, e situações, a meu ver, extremamente delicadas, como a pretensão das ADIs do tabelamento do frete.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. – acordo no controle de constitucionalidade

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilada.htm>.

BRASIL. STF. **Resolução 697, de 06 de agosto de 2020**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DJE198.pdf>>.

BRASIL. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>.

BRASIL. **Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007 FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Mini código civil comentado – Salvador: Editora Juspodivm, 2020**

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017

GODOY, Claudio Luiz Bueno de; coordenação PELUSO, Cezar. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed. rev. e atual.** – Barueri: Manole, 2018

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2018

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. Introdução ao direito civil; teoria geral do direito civil. vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. – Coimbra: Editora Coimbra 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. Ajustada ao novo código civil. – São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Braga. **Código civil comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos Estados Unidos: principais decisões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Início**. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

O *AMICUS CURIAE* E A DELIBERAÇÃO NA BUSCA DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 04/06/2021

Gislaine Cunha Vasconcelos de Mello

Centro Universitário Autônomo do Brasil
Curitiba – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/8983354920394542>

Beatriz Fracaro

Centro Universitário Autônomo do Brasil
Curitiba – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/2179853464020274>

Luciane Sobral

Centro Universitário Autônomo do Brasil
Curitiba – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/4717961476039165>

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

RESUMO: O presente estudo parte de uma breve contextualização do instituto do *Amicus curiae* na legislação brasileira, visando analisar, em linhas gerais, como tem se dado a sua utilização até o momento, tecendo, para tanto, considerações sobre sua operacionalização e características. Considerando que o que se objetiva é compreender a importância do instituto como forma de legitimação do direito, ou seja, enquanto instrumento que confere voz aos cidadãos dentro das esferas decisórias,

especialmente, no judiciário, trabalhar-se-á a teoria habermasiana para pautar o discurso racional e sustentar o protagonismo do *Amicus curiae* em casos difíceis, a fim de verificar a efetividade de sua atuação dentro da jurisdição brasileira. A deliberação operada pelo “amigo da corte”, amparada pelo agir comunicativo e seus elementos, irá demonstrar a capacidade dos cidadãos participarem das decisões que envolvam suas próprias vidas, que lhes afetam direta ou indiretamente. Sustenta-se, ao final, que tal processo de participação do cidadão, através de um discurso racional, é possível dentro da teoria da argumentação, considerando que as sociedades complexas e plurais precisam se pautar em processos organizados, com teor argumentativo consistente, para que o discurso alcance seu ideal e os cidadãos tenham voz.

PALAVRAS-CHAVE: *Amicus Curiae*. Argumentação. Democracia. Direito. Jurisdição.

THE *AMICUS CURIAE* AND THE DELIBERATION IN THE SEARCH FOR THE LEGITIMATION OF LAW

ABSTRACT: This study starts with a brief contextualization of the “*Amicus curiae*” institute in the Brazilian legislation, aiming to analyze, in general terms, how its use has been taking place so far, making considerations about its operationalization and characteristics. Considering that the objective is to understand the importance of the institute as a path of legitimizing the law, that is, as an instrument that gives voice to citizens within the decision-making scope, especially in the judiciary, the Haberman’s theory will be studied to guide the

rational discourse and to sustain the protagonism of *Amicus curiae* in difficult cases, in order to verify the effectiveness of its performance within the Brazilian jurisdiction. The deliberation operated by the “friend of the court”, supported by the communicative action and its elements, will demonstrate the capacity of citizens to participate in decisions involving their own lives, which affect them directly or indirectly. It is argued, in the end, that such process of citizen participation, through a rational discourse, is possible within the theory of argumentation, considering that complex and plural societies need to be guided by organized processes, with consistent argumentative content, which speech can achieve its ideal and the citizens to have voice.

KEYWORDS: *Amicus Curiae*. Democracy. Argumentation. Jurisdiction. Right.

1 | INTRODUÇÃO

As muitas abordagens sobre a legitimação do Estado Democrático de Direito não esgotam o tema, pelo contrário, trazem a abertura para que a temática seja explorada por outros vieses e em contextos atuais. A princípio, parece muito claro o funcionamento da democracia em um Estado que lhe adote como regime político: a vontade popular, soberana, materializa-se essencialmente por meio do sistema de representação, numa engrenagem legal composta por governo e governados. Contudo, em contextos democráticos é crescente a demanda pela ampliação da atuação dos cidadãos, que almejam ser sujeitos ativos na vida política e participar da interpretação das leis a que estão submetidos.

A figura do *Amicus curiae* atua de duas formas no âmbito do judiciário: na apresentação de memoriais a pedido do Juízo, prestando informações de grande relevância sobre o tema em questão, ou por solicitação das partes para representar a parcela da sociedade que será atingida pela decisão do caso controverso.

A intenção da primeira parte do estudo não é discutir a terminologia ou natureza do *Amicus curiae*, e sim traçar características e considerações que irão auxiliar a posicionar essa figura no cenário jurisdicional. É importante, desde logo, entender o instituto como um auxiliar do julgador ou de uma das partes do processo, pois, como será visto adiante, não há como entender o *Amicus curiae* como alguém completamente neutro e desprovido de interesse do processo, pois sua especialidade sempre será exposta em defesa de algo – de sua classe ou grupo.

No segundo ponto do estudo será abordada a teoria da argumentação, com ênfase na teoria habermasiana, que traz consigo importantes pontos de interesse para o propósito deliberativo que legitima o direito. O agir comunicativo de Habermas, que é realizado através do discurso racional, ainda que voltado para um contexto parlamentar, abre caminho para o direcionamento do pensamento para o ambiente jurisdicional, que também deve ser entendido como ambiente público de discussão. Serão confrontados outros autores favoráveis e contrários à tese habermasiana para delinear as diretrizes do presente estudo.

No último ponto, responder-se-á à questão central do texto, ou seja, se o *Amicus curiae* contribui para o aprofundamento da legitimação do direito. Por certo que a

participação da sociedade na composição da norma e da interpretação constitucional é mais que um objeto do imaginário social, como um ideal recheado de valores, expectativas, e ideologias que as sociedades carregam e prospectam sobre ela. É, sobretudo, um anseio cada vez mais urgente dos cidadãos.

As sociedades contemporâneas, complexas e plurais, constantemente fazem reivindicações ao Estado, pois, os cidadãos não parecem estar mais satisfeitos em apenas aguardar a produção do direito: mais do que isso, eles querem ser atores sociais, copartícipes dessa produção. Assim, o *Amicus curiae*, como porta voz de núcleos sociais, se assemelha ao modelo do discurso teorizado por Habermas, levando ao ambiente jurisdicional a realidade que deve dar as diretrizes da interpretação constitucional e da decisão.

21 O INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE*: CONSIDERAÇÕES E CARACTERÍSTICAS

O *Amicus curiae* é a figura de um especialista com relevante conhecimento sobre determinado assunto em controvérsia levado à apreciação do judiciário, que adentra ao processo para alimentar o tomador da decisão com informações que contribuam para o julgamento, dando margens para uma resposta mais próxima possível da melhor solução¹. Esse auxílio do especialista, que representa um determinado grupo ou entidade, é em prol do magistrado e não “do interesse individual das partes”².

O “amigo da corte”, em regra, entra no processo por motivação própria ou a pedido do Juízo. Esta figura não mantém vínculo com o resultado do processo em si, considerando que não é uma das partes que entrou com a ação, tão menos aquela acionada como parte contrária, mas, sim, guarda o vínculo com a primazia das informações para a tomada da decisão. O Magistrado, em contrapartida, ao utilizar-se do *Amicus curiae* deve fundamentar sua decisão no bojo das informações trazidas pelo “amigo da corte”, que fornece elementos para o ato de decidir, em busca da “decisão justa”³.

Em determinadas literaturas o *Amicus curiae* tem origem romana⁴. Os romanos recorriam a tais indivíduos em circunstâncias em que o julgador requisitava o auxílio de um *expert* no assunto para orientar-lhe naquilo que não era de seu conhecimento, sendo

1 ANGELL, Ernest. The *Amicus curiae*: American Development of English Institutions. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 16, p. 1.653-1.669, 1967. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/1158_hvj33ruz.pdf. Acesso em: 7 jan. 2021. p. 1.654-1.655.

2 BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 500-501.

3 VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Natureza jurídica da intervenção Amicus curiae no controle concentrado de constitucionalidade**. 2007. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/39058/natureza-juridica-da-intervencao-amicus-curiae-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>. Acesso em: 14 jan. 2021.

4 O Instituto do Conselho Romano (*consiliarius*) consistia em um braço do governo que era convocado pelo Juiz/Magistrado para se manifestar sobre questões processuais, esses “conselheiros” possuíam manifesta capacidade para o assunto em que eram chamados a se pronunciar, e participavam prestando conselhos para os julgadores na solução das controvérsias. MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos Gerais da Intervenção do *Amicus Curiae* nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. **Direito Público**, Brasília, v. 4, n. 17, p. 35-51, jul./ set. 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1299/765>. Acesso em: 5 fev. 2021. p. 36.

que esse “auxiliar” não se posicionava em favor de nenhuma das partes. Por outro lado, há autores que situam a gênese do instituto no século XVII na Inglaterra, em que pese sua efetiva utilização tenha se verificado apenas nos tribunais dos Estados Unidos⁵. Mas, independentemente da origem, a sua aplicação, em solo estrangeiro ou no Brasil, se inicia com a participação desses especialistas em processos específicos, a pedido judicial e não em interesse das partes, isto é, atuavam em prol de alimentar o julgador de informações relevantes para o julgamento, dando fundamentos e substância ao debate das partes que discutem a controvérsia, e enriquecendo a discussão travada no judiciário, com conteúdos diversos e de interesse social⁶.

As primeiras aparições do “amigo da corte” na legislação brasileira surgiram com a Lei nº 6.385/76⁷, que dispõe sobre a participação de um especialista nas controvérsias concernentes a valores mobiliários. Em 1994, com a entrada em vigor da Lei nº 8.884⁸, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) também começou a auxiliar nas ações em que a controvérsia fosse a aplicação da própria lei. Ainda em 1994, o Estatuto da OAB dispôs sobre a intervenção do Presidente do Órgão de classe nos processos que envolvessem os advogados⁹. Já em 1996, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) passou a intervir nos processos que envolvessem questões de nulidade de patentes, marcas e desenho industrial com a Lei nº 9.279¹⁰. Denota-se que, em todos os casos mencionados, os especialistas, representando Instituições e Conselhos, eram chamados ao processo em razão do auxílio técnico e conhecimento apurado que pudessem auxiliar nas questões atinentes.

Esses institutos reguladores que adentram até hoje nos processos não atuam em favor de nenhuma das partes, mas sim em defesa de relevante interesse público, no sentido de dar efetividade aos próprios órgãos que representam, bem como à legislação pertinente, atuando como fiscalizadores da decisão judicial. Isso não quer dizer que, pelo fato de ser uma figura neutra no processo, o *Amicus curiae* não irá auxiliar na tese de uma parte ou de outra. De acordo com Del Prá, ainda que os *Amici curiae* atuem na defesa de um coletivo, estão, em certa medida, tendo uma postura assumida em relação ao seu posicionamento no processo, o que pode, sem dúvidas, contribuir com uma das partes litigantes¹¹.

5 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. v. 1-2. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 113-114.

6 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. v. 1-2. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 115.

7 A referida lei dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. A intervenção da comissão em processos judiciais que envolvam controvérsias sobre o tema está prevista no art. 31 e parágrafos.

8 A Lei que regulamenta o CADE como autarquia dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e traz a participação do Conselho nos processos judiciais nos artigos 89 e 118.

9 Por meio da Lei nº 8.906/94 regulamentou-se o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, sendo que no art. 49, parágrafo único, prevê a garantia da participação do referido Conselho em processos e inquéritos, inclusive como assistentes, em que sejam indicados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

10 A Lei nº 9.279/96 regula os direitos e obrigações concernentes à propriedade industrial. A participação do instituto em processos que versem sobre nulidade de patentes marca e desenho industrial está prevista nos artigos 57 e 175 da referida lei.

11 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007. p. 113-114.

As leis mencionadas alhures, mesmo sem utilizar a expressão, apresentam formatos de intervenção semelhantes ao instituto do *Amicus curiae*, que modo que antecederam essa forma de auxílio em decisões mais complexas. Contudo, foi com a Lei nº 9.868/99 que a expressão literal adentrou no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo a previsão, hipótese e requisitos de admissibilidade dos *amici curiae*. Essa lei tratou de disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

Ainda que o foco do presente estudo seja o debate provocado pelo instituto no Superior Tribunal Federal, vale pontuar que o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – inseriu no Título III, capítulo V, a figura já existente do *Amicus curiae*. Porém, o que chama a atenção é a localização deste auxiliar da justiça como uma espécie de intervenção de terceiros, ao lado de outras modalidades bastante características, tais como assistência, denúncia da lide, chamamento ao processo e incidente da desconsideração da personalidade jurídica. A previsão da intervenção do *Amicus curiae* no CPC/15 consta especificamente no artigo 138 e parágrafos, colocando-o como uma forma de terceiro que ingressa ao processo¹².

No novo Código de Processo Civil, o *Amicus curiae* ganha formato ativo e possibilidade de atuação no processo, com legitimidade, por exemplo, para oposição de embargos de declaração e recurso em face de decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Com isso, a limitação de apenas subsidiar o julgador com informações que levem melhores soluções em casos difíceis, e se afastar do cerne de se posicionar diante de um caminho ou outro, parece ser alterado com a previsão processual.

Cássio Scarpinella Bueno, a respeito dessas diferentes acepções das legislações sobre *Amicus curiae*, afirma que existem grandes discussões sobre a natureza jurídica e amplitude de sua utilização no processo. O Autor assinala que os formatos que são utilizados com a ampla intervenção do instituto como um terceiro interveniente, especialmente aquele previsto no Código de Processo Civil de 2015, não traduzem o seu modelo tradicional. Ainda nesse contexto, conclui sobre a necessidade de um aprofundamento do tema no direito estrangeiro, para que sejam analisados os contornos necessários do *Amicus curiae*¹³.

A Autora Damares Medina, em sua dissertação apresentada para o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília, tece importantes conclusões no seu trabalho intitulado “Amigo da Corte ou amigo da parte? *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal”, que são relevantes para o que será estudado

12 O texto do art. 138 do CPC/15 é o seguinte: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *Amicus curiae*. § 3º O *Amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

13 BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 348-351.

no próximo tópico, ou seja, como a argumentação operada pelos “amigos da corte” ou “amigos da parte” colaboram para o aprofundamento da democracia.

Dentre as conclusões da Autora está a noção de que o *Amicus curiae* é uma forma da sociedade ter voz em questões importantes, bem como constitui um fato social, pois afeta o cotidiano da vida dos indivíduos¹⁴. Afirmar a Autora que, em que pese a relevância dessa figura, não existem diretrizes claras para sua aplicação. Assim, faz-se necessário esse balizamento e controle objetivo, considerando a sua forte influência no processo, bem como pelo fato de sua atuação não ser apenas a de mero figurante no litígio, situação perceptível à medida em que o Tribunal lança um olhar mais criterioso ao processo quando existe o parecer do *Amicus curiae*¹⁵.

Fica evidente que mesmo com diferentes entendimentos sobre a natureza do instituto, a sua importância vai além do processo, pois gera efeitos para a sociedade, colocando em discussão conteúdos relevantes para o pluralismo social e para a vivificação da Constituição, além do papel e do tempo. Diante da importante função do *Amicus curiae* na assistência ao julgador ou no reforço das teses das partes, abrem-se caminhos para decisões que vão de encontro com a realidade social, com maior eficácia e alcance, bem como, a abertura do judiciário à deliberação fundamentada e sustentada com maior grau de razão, por meio de argumentações apresentadas por indivíduos que estão mais próximos da realidade do dia a dia.

3 | O PODER COMUNICATIVO E A ARGUMENTAÇÃO

Tendo em vista que, conforme visto até o momento, o *Amicus curiae* tem um papel relevante em aprofundar os debates dentro do âmbito jurisdicional, uma vez que leva ao processo informações e visões mais próximas da sociedade. Aduz-se que tal figura colabora na argumentação que leva à possível interpretação da norma, bem como confere dinamismo aos preceitos constitucionais e caráter atemporal ao seu texto, diante de casos difíceis.

Segundo Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, as Constituições escritas não apresentam em seus textos as regras de sua interpretação. Contudo, seu texto aberto pode ganhar interpretação em vários momentos históricos¹⁶. Nesse ideal de

14 MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte?** *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. 2008. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), Brasília - DF, 2008. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/81>. Acesso em: 21 jan. 2021.

15 A autora Damares Medina realizou uma investigação em 1.666 processos do Supremo Tribunal Federal, apenas em ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nessa investigação, ela afirma que em todos os casos o *Amicus curiae* ingressou em favor de um dos polos, ou seja, nunca de forma neutra. Dentre os resultados obtidos, a Autora relata que nos processos em que o *Amicus curiae* intervém, aumenta em 20% a chance da ação ser conhecida. MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte?** *Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal. 2008. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), Brasília - DF, 2008. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/81>. Acesso em: 21 jan. 2021. p. 141.

16 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19., n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458>. Acesso em: 5 fev. 2021. p. 136-137.

vivificação da Constituição, as Cortes Constitucionais operam um papel preponderante. Ainda que existam correntes opostas sobre o papel do juiz constitucional na interpretação das normas, há consenso sobre a relevância em relação à atividade hermenêutica realizada pelos juízes¹⁷.

Sobre a realização da Constituição, o autor Konrad Hesse afirma que as normas constitucionais devem estar próximas da realidade e do momento histórico em que estão situadas, e que a sua conservação e seu aperfeiçoamento dependem da sua atualidade, ou seja, do quão realizáveis são na realidade social em que inseridas¹⁸. O dinamismo da Constituição, na direção de soluções que encontrem alternativas mais justas e adequadas em controvérsias difíceis, no âmbito judicial, tem como instrumental a Teoria da Argumentação, enquanto processo de fundamentação pautada na racionalização das ideias¹⁹.

Nesse sentido, argumentar é discutir o conflito, de modo que a decisão acaba sendo uma consequência crucial do debate, após a apresentação dos argumentos das partes. A demonstração das razões vem embebida de informações que, para cada parte envolvida, são as evidências do motivo de ser de sua argumentação, característica própria do discurso científico. Se a argumentação trata de uma demonstração racional de motivos exteriorizada, um conceito importante dentro desse contexto é a persuasão, que nada mais é do que um discurso que apela para aquilo que mais convence, fornecendo motivos e razões dentro de uma forma específica, de modo a convencer o ouvinte a respeito dos pontos de vista apresentados²⁰.

Sobre argumentação, Tércio Sampaio Ferraz Júnior traz o seu sentido na conceituação da “tópica”²¹, que trata da argumentação essencialmente operacional, que só faz sentido na aplicação do Direito. Isto porque, trata-se de um modo de pensar, que permite abordar problemas, deles partir e neles culminar, sendo que o produto - matéria prima - não é a verdade, mas a solução. A tópica não produz axiomas ou postulados, ou seja, lugares comuns, para chegar em fórmulas precisas. Ela está a serviço da arte da disputa. A tópica é a teoria dos lugares comuns, ela tem ação estrita, enquanto o raciocínio dialético tem ação ampla. Ela trata da resolução de problemas, aquilo que dirige e orienta a argumentação em busca de uma, entre tantas outras possíveis soluções. Nesse sentido, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático, visto que

17 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19., n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458>. Acesso em: 5 fev. 2021. p. 136-137.

18 HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 48.

19 JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 323.

20 JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 323-324

21 JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 325-326.

jamais perdem sua qualidade de tentativa²².

É importante que se firme, nesse momento, um traço sobre a técnica apresentada acima sobre o objeto em estudo. Recorde-se que o que se está trazendo ao enfoque é a deliberação, otimizada pelo *Amicus curiae*, como forma de aprofundar a deliberação e o aprimoramento da democracia com os envolvidos nas decisões às quais são subordinados. Considerando que a deliberação envolve um discurso racional, e que esse discurso precisará de argumentação, então a teoria da argumentação, sob o ponto de vista de alguns autores, pode ser de grande valia para desenvolver uma perspectiva do problema.

Na teoria habermasiana, assim como em algumas teorias posteriores, a argumentação aparece como critério substancial na racionalização do discurso. Habermas afirma, inclusive, que o processo mental de raciocínio aproveita as diferentes informações e argumentos, para que o resultado dessa confrontação seja o motivo pelo qual se decidirá por uma racionalidade ou outra²³. Assim, se esse processo de discursos dirigidos pela argumentação racional traz uma amplitude à temática proposta, e a democracia deliberativa requer o debate para a concretização do ideal, então, tem-se que a argumentação é uma ferramenta de suma relevância para que o direito seja legitimado por verdadeiros processos democráticos.

Desde a mais antiga tradição, decidir tem ligação com o processo de deliberação sobre o conflito travado. Nesse ponto, Habermas, ao entender que a unidade entre os sujeitos se dá com a linguística (composta de expressões que motivam a opinião de quem fala), estimula que processos linguísticos ocorram. Contudo, essa opinião deve ser horizontal, isto é, sem hierarquias²⁴.

Ainda que a questão da deliberação pelas sociedades seja objeto atinente ao próximo tópico, é importante, desde logo, evidenciar um contraponto sobre a deliberação, trazido por Rousseau, que tem como um de seus maiores ensinamentos a vontade geral como representação da soberania. Conforme os estudos de Leandro Konzen Steins, para Rousseau, o fato de existirem “associações parciais” é prejudicial à vontade geral, uma vez que todo indivíduo, quando vai para uma reunião deliberativa ou uma assembleia, já tem opiniões pré-formadas e uma decisão, e, ao passo que a deliberação se desenvolve, pode influenciar naquilo que o indivíduo realmente acredita – situação que ocorre pelas técnicas persuasivas. A partir desse ponto de vista, as deliberações públicas são desnecessárias e perigosas²⁵. Entretanto, o presente estudo não coaduna com tal entendimento, ainda que

22 JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 327-329.

23 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 21.

24 STEIN, Leandro Konzen; COSTA, Dartagnan Limberger. A participação social na administração pública local: a construção da democracia deliberativa no município de porto alegre. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia da UniBrasil**, Curitiba, v. 5, p.1-20, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/36>. Acesso em: 6 fev. 2021. p. 4.

25 STEIN, Leandro Konzen; COSTA, Dartagnan Limberger. A participação social na administração pública local: a construção da democracia deliberativa no município de porto alegre. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia da UniBrasil**, Curitiba, v. 5, p. 1-20, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/>

reconheça ser ele necessário para o desenvolvimento do tema.

Um olhar atual sobre a democracia, entre outros aspectos, traz a questão da legitimação, de forma geral, dos direitos nascidos nas sociedades, debatidos e colhidos por meio da deliberação. Isto é, os direitos da comunidade que surtem efeitos diretos naquele grupo social, numa relação paralela com a normatividade estatal²⁶. A realidade do direito é que ele se manifesta em níveis não estatais, reivindicados por grupos sociais que reclamam a produção do direito, movidos pelo ideal de que a democracia é expressa pelo consenso da comunidade²⁷.

3.1 A importância da deliberação para o processo argumentativo

Para a operacionalização da legitimação do direito através da deliberação social - do discurso - conforme Habermas, o espaço público é o correto, pois traz dinamismo à participação e envolvimento popular, motivando a legitimação democrática, que, por consequência, irá gerar as ações no campo político e as mudanças nas sociedades. Na atual quadra, os espaços públicos não são apenas espaços de entretenimento e reuniões profissionais, mas também de reivindicações sociais pelo reconhecimento de diferenças, por meio do exercício da liberdade de expressão. Para que esses discursos em espaços públicos transmitam a realização da participação do ser humano, deve haver entre todos os envolvidos preceitos de igualdade, racionalidade, reciprocidade e não coerção, a fim de que a deliberação ocorra de modo a atingir o seu objetivo²⁸.

É possível verificar nos espaços públicos quais os valores substanciais das comunidades. No entanto, como aponta Habermas, é preciso cautela nessa identificação, pois é possível que emanem das associações e grupos comunitários reivindicações que só atendem interesses particulares dos demandantes, diferente da mobilização de grupos visando atender interesses coletivos com valores democráticos e cívicos²⁹. Em público são externalizadas opiniões que não incitem posições contrárias aos valores essenciais de um Estado. Por isso, discursos de ódio e racismo, por exemplo, não podem ser conteúdo de debate público³⁰.

O ato da comunicação expressa pela linguagem através da fala faz parte da teoria do agir comunicativo, desenvolvida por Habermas, que tem por base a utilização da linguagem para se autorreferenciar, sendo a interpretação fruto de si mesma, para que aqueles que participam do processo comunicativo obtenham um juízo sobre aquilo que

article/view/36. Acesso em: 6 fev. 2021. p. 4-5.

26 HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 118.

27 HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 138.

28 MARCONDES, Valéria. Novas Tecnologias de Conexão e o Futuro da Esfera Pública. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação da Região Sul, 8, 2007. **Anais...** Passo Fundo: Intercom, 2007. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2007/resumos/r0195-1.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020. p. 1.

29 HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 77.

30 MAIA, Rousiley. Redes cívicas e Internet: do ambiente informativo denso às condições da deliberação pública. **Logos: Comunicação & Universidade**, Belo Horizonte, a. 14, n. 27, 2007, p. 43-62. Disponível em: <https://ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/democraciadigital/maia2008.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020. p. 45.

está sendo deliberado³¹.

O alcance desse mesmo juízo pelos participantes do processo comunicativo depende de que todos tenham o entendimento de que a proposição é válida. Haverá acordo se os motivos pelos quais os participantes sustentam a validade da proposição forem os mesmos. Contudo, mesmo com razões diferentes ainda pode ocorrer um acordo mútuo, se estas forem suficientemente admissíveis por todos³².

A argumentação, nesse passo, é o caminho para serem explorados os objetivos de validade, ou seja, é por meio da argumentação que os participantes da deliberação irão se posicionar³³. A linguagem é a matriz do agir comunicativo de Habermas, considerando que essa é a forma da qual os sujeitos se utilizam para fundamentar suas razões e buscar o acordo ou então o entendimento³⁴.

Para Habermas existem pontos de contato entre o direito e o agir comunicativo sempre que o mundo da vida³⁵ não é suficientemente capaz, por si só, de resolver algum tema em que não há o consenso dos integrantes das sociedades. Assim, o agir comunicativo leva racionalidade para as controvérsias, e “compatibiliza os mundos da vida”³⁶. Para Habermas, os indivíduos materializam a produção do direito. A produção da norma também operada pelos indivíduos/cidadãos confere legitimidade à produção do direito e estabilidade às controvérsias³⁷. A racionalidade desse processo, do protagonismo do cidadão na produção da norma, faz com que o discurso tenha papel preponderante na afirmação da democracia³⁸.

Seguindo ainda na teoria habermasiana sobre o poder da ação comunicativa, é

31 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 65-67.

32 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 113-114. Ainda sobre esse ponto, o concatenamento da linguagem que busca o acordo das partes que estão na sustentação de fundamentos e daqueles que estão escutando os fundamentos, pela persuasão, é o agir comunicativo de Habermas. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 71.

33 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 124.

34 Habermas fala que o agir comunicativo é obtido pelo uso linguístico, e que essa integração por meio da linguagem leva a integração social. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 127.

35 Sobre o conceito do mundo da vida, e o pensamento de Habermas, o filósofo Flavio Beno Siebeneichler define da seguinte forma: “O conceito do mundo da vida situa-se no âmago da teoria do agir comunicativo. No longo e multifacetado caminho de configuração desta teoria ele constitui, de um lado, uma ideia diretriz segundo a qual é necessário levar a sério tanto as ciências que se desenvolvem em nível teórico e formal, como o mundo da vida, o qual é concebido em nível do senso comum. De outro lado, ele constitui uma base para o esboço de uma terceira via de análise – crítica e hermenêutica - da sociedade em geral. Habermas pensa que esse novo caminho metódico é capaz de estabelecer uma ponte entre o funcionalismo sistêmico, objetivista, de um lado; e as ciências sociais fenomenológico-hermenêuticas, de outro”. SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Mundo da vida e sistema na teoria do agir comunicativo. **Logeion: Filosofia da Informação**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 27-36, nov. 2018. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4498/3828>. Acesso em: 21 fev. 2021. p. 27.

36 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 45.

37 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 59. “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 142.

38 Na teoria habermasiana o discurso operado conforme o direito é legitimado pelas “leis jurídicas”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 145.

nesse contexto que os cidadãos ganham papel central na legitimação do direito. Quando expressam seu caráter político, expressam a vontade geral, e buscam o entendimento ou acordo sobre temas e princípios que lhes afetam³⁹. Em outras palavras, trata-se da participação efetiva dos cidadãos na política em ambientes públicos⁴⁰, nos quais, através da linguagem, constroem-se entendimentos sobre questões de relevância e definem-se rumos sobre controvérsias que são deliberadas⁴¹.

Nesses ambientes públicos nos quais o agir comunicativo é efetivado são criadas, por sua vez, as opiniões públicas, sendo assim consideradas apenas aquelas que possuem grau de adesão pelos demais. Essa opinião pautada em procedimento racional, e não em apenas simples texto, é edificada pelo discurso⁴².

Feitas as considerações necessárias acerca da tese habermasiana sobre a comunicação para a legitimação do direito e operacionalização da democracia, o objeto de estudo do próximo ponto é a concretização do discurso racional operado pelo *Amicus curiae*, questionando-se se a opinião pública pode representar a materialização de tal discurso.

41 AMICUS CURIAE E A OPINIÃO PÚBLICA

Na tese habermasiana o discurso funciona como um endosso para a legitimidade do direito, uma vez que os cidadãos participam de deliberações em ambientes públicos, a fim de buscar um entendimento ou acordo sobre questões e princípios que lhes afetem, sendo que o discurso é realizado dentro de procedimentos de racionalidade. A partir desse pequeno recorte da teoria de Habermas, propõe-se uma análise mais detida de como os cidadãos realmente participariam desses processos.

Bruno Meneses Lorenzetto, em sua tese de doutoramento, intitulada “Os caminhos do Constitucionalismo para a Democracia”, tece considerações relevantes ao presente estudo sobre a questão de como o discurso racional voltado para legitimar o direito pode ser concretizado⁴³. Lorenzetto, ao tratar da Constituição como uma estrutura viva, ou seja, não estática, afirma que sua composição não se limita apenas ao seu texto, mas também às interpretações dinâmicas, e que a interpretação dessa parte viva da Constituição que vai além do seu texto é dita por aqueles que possuem “voz política”, isto é, aqueles que fazem

39 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 86-87.

40 Para Habermas a esfera pública é “caixa de ressonância onde os problemas a serem elaborados pelo sistema político encontram eco” e um “sistema de alarme dotado de sensores não especializados, porém sensíveis no âmbito de toda a sociedade”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 91.

41 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 98.

42 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92.

43 LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. 2014. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba - PR, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36517/R%20-%20T%20-%20BRUNO%20MENESES%20LORENZETTO.pdf?sequence=1&i-sAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2021.

parte da comunidade política. Destaca, ainda, que essa comunidade é que define aqueles que podem ou não ter a “voz pública”⁴⁴.

Sobre quem tem voz pública para o discurso racional, para falar a norma, conforme a realidade social, Peter Häberle afirma que é nas esferas públicas que a interpretação constitucional faz o elo de ligação entre os anseios e a realidade dos cidadãos e o direito⁴⁵. Häberle propõe a “sociedade aberta de intérpretes”⁴⁶, dentro de um contexto de sociedade plural, que é a participação dos cidadãos em integrar o processo de interpretação constitucional. Essa participação daqueles que têm o anseio da vivência política e o contato com a realidade social, que são cidadãos ativos e capazes para a interpretação constitucional, possui aptidão para levar ao processo interpretativo alternativas possíveis⁴⁷.

O que se pode concluir até o momento pelos autores analisados é que a participação do cidadão personifica o ideal democrático e legitima o direito, mas a voz que irá proferir esse discurso racional no intuito de dar interpretação ao texto constitucional e legislação infraconstitucional ainda resta pendente até o momento. As teses de Habermas e Häberle, ainda que com suas particularidades, andam em caminhos que se intercalam, uma vez que buscam no discurso racional a efetiva participação do cidadão, sendo que Habermas utiliza o ambiente parlamentar e Häberle o ambiente jurisdicional.

A “voz do povo”, que é a participação dos cidadãos em processos de interpretação do texto legal, tem no instituto do *Amicus curiae* o aprofundamento dessa possibilidade. Conforme visto no primeiro tópico do presente texto, o “amigo da corte”, quando entra no processo para alimentar o julgador, deve possuir grande especialidade no assunto debatido, para que as informações retratem o máximo possível a consolidação da lei na realidade social. Não é possível que qualquer cidadão tenha “voz” em processos judiciais de grande relevância, sendo que a lei dá espaço para essas “vozes” por meio do *Amicus curiae*.

Apesar das considerações e características apontadas do instituto, a jurisdição brasileira admite o *Amicus curiae* se posicionar em processos de duas formas, prestando

44 LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. 2014. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba - PR, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36517/R%20-%20T%20-%20BRUNO%20MENESES%20LORENZETTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2021. p. 66-67.

45 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13-14.

46 “O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normatiza amplia-se graças aos intérpretes da Constituição da sociedade aberta. Eles são os participantes fundamentais no processo de *Trial ad error*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou sub jazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.” HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição**. **Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 60, p. 25-50, nov./ dez. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 5 fev. 2021. P. 43-44.

47 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 16-17.

informações ao julgador pautadas em sua *expertise*, bem como, se manifestando sobre como os cidadãos interpretam a questão que está sendo julgada – e é neste ponto, no qual o *Amicus curiae* aparece como a voz dos cidadãos, que nota-se a figura como operador do discurso racional que procura aproximar o direito e a sociedade e dar sentido para o dinamismo da Constituição⁴⁸.

Dameres Medina, cujas lições foram abordadas nas considerações iniciais, trata o *Amicus curiae* como uma forma de dar ao cidadão a possibilidade de manifestação, ao demonstrar como a sociedade se posiciona diante das circunstâncias que estão sendo analisadas pelo Juízo. Entretanto, apenas os setores com interesse direto na decisão é que estariam aptos a participar, e assim, promover o aprofundamento do debate. Em outros termos, a jurisdição, em especial a Constitucional, é responsável por importantes decisões que regulam a vida em sociedade, assim, o *Amicus curiae* precisa demonstrar que realmente tem condições de representar aquela parcela da sociedade e ter argumentos consistentes⁴⁹.

Cassio Scarpinella Bueno, no mesmo sentido que Dameres Medina, afirma que é essencial a comprovação de que o *Amicus curiae* tenha conhecimento e interesse social relevantes para ter “voz” em um processo que seja diretamente afetado⁵⁰. Além dos memoriais que o *Amicus curiae* pode apresentar quando convocado pelo julgador, em audiências públicas⁵¹ é possível essa intervenção durante a instrução do processo, em que esses indivíduos previamente habilitados participam de discursos em tribuna, em formato deliberativo, haja vista que todas as partes envolvidas terão esses representantes para trazer elucidações sobre o assunto debatido.

Esses julgamentos abertos a participantes como porta-vozes da sociedade levam a razão que a jurisdição deve objetivar, processo possível quando aberto a argumentações através de discursos razoáveis, deixando de lado a figura monopolizadora do julgador, como detentor único do conhecimento que levará a solução da demanda⁵².

48 PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; RIBEIRO ROSÁRIO, José Orlando. Jurisdição em Jürgen Habermas: democracia deliberativa, amicus curiae e acesso à justiça. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 239-256, dez., 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2440>. Acesso em: 6 fev. 2021. p. 247.

49 MEDINA, Dameres. **Amigo da Corte ou amigo da parte?** Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal. 2008. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília - DF, 2008. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/81>. Acesso em: 21 jan. 2021.

50 BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

51 “No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audiencia-PublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 6 fev. 2021.

52 PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; RIBEIRO ROSÁRIO, José Orlando. Jurisdição em Jürgen Habermas: democracia deliberativa, amicus curiae e acesso à justiça. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 239-256, dez., 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2440>. Acesso em: 6 fev. 2021. p. 249.

Para Habermas, a possibilidade do julgador, sozinho, alcançar a solução dos casos difíceis, apenas com a utilização dos princípios, tal como pretendeu Dworkin com a figura do juiz Hércules, é criticável. Isto porque, mesmo um juiz “Hércules” deveria recorrer aos cidadãos em tais casos, buscando obter o máximo de informações através de discursos e deliberações, pois esse procedimento levaria a decisão a um patamar mais seguro e legítimo, uma vez maximizada a fundamentação da decisão⁵³.

A cooperação entre o judiciário e a sociedade no intuito da otimização das decisões, sendo a sociedade representada pelo *Amicus Curie*, seja na figura de “amigo da corte” ou de representante direto de um determinado setor social, faz com que princípios tão caros ao Estado Democrático de Direito sejam legitimados. Assim, o agir comunicativo de Habermas se embasa nessa cooperação em prol do aprofundamento desse objetivo, ou seja, os direitos serão alcançados não somente na lei, mas também no espectro da vida real e cotidiana, diminuindo os conflitos⁵⁴.

Destarte, então o papel discursivo do *Amicus curiae* seja como auxiliar do julgador ou “porta-voz” da sociedade por meio do discurso racional, seja na jurisdição constitucional ou em processos que envolvam legislação infraconstitucional, ainda que tenha suas nuances que fogem das características do instituto, possuem o condão de trazer ao processo uma argumentação que vai ao encontro da Constituição viva, com o mundo real, com o ideal de Häberle sobre a “sociedade aberta dos interpretes” e com o discurso racional do Habermas em prol de uma deliberação legitimadora da democracia e do próprio direito.

5 | CONCLUSÃO

Ao trazer a democracia deliberativa para o palco dos anseios dos cidadãos em ter uma democracia legítima, em que a soberania popular não é só concretizada pelo voto, mas materializada também por pressupostos que valorizam a participação efetiva da opinião pública, percebe-se que existem possibilidades reais para esse objetivo.

Entre pontos positivos e negativos, esse estudo foi desenvolvido à luz das vantagens que a opinião pública proporciona, colocando reivindicações dos mais diferentes grupos e níveis em destaque, por meio da participação do *Amicus curiae* no processo. Os espaços públicos de debate e de apresentação de demandas, se antes eram restritos às partes e ao Juízo, adquirem, com a participação do *Amicus curiae* um *status* prático e dinâmico, sendo que a Constituição se abre para entender a realidade, e a sociedade participa da interpretação constitucional.

53 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 278-280.

54 GOES, Roberto Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas. Curitiba: Editora Juruá, 2003. p. 149.

REFERÊNCIAS

ANGELL, Ernest. The Amicus curiae: American Development of English Institutions. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 16, p. 1.653-1.669, 1967. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/1158_hvj33ruz.pdf. Acesso em: 7 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº **13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 de jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Emenda Regimental 29/2009**. Atribui competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. v. 1-2. São Paulo, Saraiva, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 19., n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458>. Acesso em: 5 fev. 2021.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2007.

GOES, Roberto Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição: A legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas**. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da constituição. **Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 60, p. 25-50, nov./ dez. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 5 fev. 2021.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

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

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. 2014. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba - PR, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36517/R%20-%20T%20-%20BRUNO%20MENESES%20LORENZETTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2021.

MAIA, Rousiley. Redes cívicas e Internet: do ambiente informativo denso às condições da deliberação pública. **Logos: Comunicação & Universidade**, Belo Horizonte, a. 14, n. 27, 2007, p. 43-62. Disponível em: <https://ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/democraciadigital/maia2008.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

MARCONDES, Valéria. Novas Tecnologias de Conexão e o Futuro da Esfera Pública. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação da Região Sul, 8, 2007. **Anais...** Passo Fundo: Intercom, 2007. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2007/resumos/r0195-1.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2020.

MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte?** Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal. 2008. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Brasília - DF, 2008. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/81>. Acesso em: 21 jan. 2021.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. Aspectos Gerais da Intervenção do Amicus Curiae nas Ações de Controle de Constitucionalidade pela Via Concentrada. **Direito Público**, Brasília, v. 4, n. 17, p. 35-51, jul./ set. 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1299/765>. Acesso em: 5 fev. 2021.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; RIBEIRO ROSÁRIO, José Orlando. Jurisdição em Jürgen Habermas: democracia deliberativa, amicus curiae e acesso à justiça. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 3, p. 239-256, dez., 2019. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2440>. Acesso em: 6 fev. 2021.

SIEBENEICHLER, Flavio Beno. Mundo da vida e sistema na teoria do agir comunicativo. **Logeion: Filosofia da Informação**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 27-36, nov. 2018. Disponível em: <http://revista.ibict.br/fiinf/article/view/4498/3828>. Acesso em: 21 fev. 2021.

STEIN, Leandro Konzen; COSTA, Dartagnan Limberger. A participação social na administração pública local: a construção da democracia deliberativa no município de porto alegre. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia da UniBrasil**, Curitiba, v. 5, p. 4-5, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/36>. Acesso em: 6 fev. 2021.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Natureza jurídica da intervenção Amicus curiae no controle concentrado de constitucionalidade**. 2007. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/39058/natureza-juridica-da-intervencao-amicus-curiae-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>. Acesso em: 14 jan. 2021.

ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 31/05/2021

Lucélia Nárjera de Araújo

Universidade Estadual do Piauí
Teresina-Piauí
<http://lattes.cnpq.br/7272072691153918>

Vilobaldo Adelídio de Carvalho

Universidade Estadual do Piauí
Teresina-Piauí
<http://lattes.cnpq.br/074544756138602>

Wilma Avelino de Carvalho

Universidade Estadual do Piauí
Teresina-Piauí
<http://lattes.cnpq.br/0360451500431686>

RESUMO: Uma característica básica de um país democrático é a realização periódica de eleições de forma livre e transparente. Neste contexto, o presente capítulo, elaborado a partir de revisão de literatura e fundamentando no ordenamento jurídico brasileiro, tem como objetivo primordial debater sobre questões relacionadas à elegibilidade e inelegibilidade no Brasil, destacando aspectos constitucionais e infraconstitucionais. Para isso, traz-se ao centro das discussões o conceito de elegibilidade e algumas condições impostas ao cidadão para torná-lo elegível, já que o direito eleitoral, apesar de fundamental, não é absoluto. Em seguida, tem-se como ponto de detalhamento as condições de inelegibilidade estabelecidas na Lei

Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), de iniciativa cidadã. Concluiu-se, que apesar da acentuada judicialização do processo eleitoral com condições de elegibilidade e inelegibilidade objetivas e abrangentes, os avanços na legislação são fundamentais para a consolidação da democracia e garantia de maior equilíbrio na disputa pelo poder político.

PALAVRAS-CHAVE: Elegibilidade. Inelegibilidade. Lei da Ficha Limpa.

ELIGIBILITY AND INELIGIBILITY: SOME CONSIDERATIONS ABOUT CONSTITUTIONAL AND INFRACONSTITUTIONAL ASPECTS

ABSTRACT: A basic characteristic of a democratic country is the periodic elections of a free and transparent way. In this context, the present chapter, elaborated from a literature review and based on the Brazilian legal system, has as main objective to debate about issues related to eligibility and ineligibility in Brazil, highlighting constitutional and infraconstitutional aspects. For this, the concept of eligibility and some conditions imposed on citizens to become them eligible are brought to the center of the discussions, once electoral law, although fundamental, it is not absolute. After, the ineligibility conditions established in Complementary Law nº 135/2010, a citizens' initiative, is detailed. It was concluded that, despite the accentuated judicialization of the electoral process, with objective and extensive conditions of eligibility and ineligibility, the advances in the legislation are fundamental for the consolidation of democracy and guarantee balance in the electoral dispute.

KEYWORDS: Eligibility. Ineligibility. Lei da Ficha Limpa.

1 | INTRODUÇÃO

O processo democrático de um país, de certa forma, está configurado no sistema político-partidário e nos instrumentos de escolha pública dos representantes do povo, quando se trata de democracia representativa. Assim, é na disputa político-eleitoral que se define o jogo do poder. No caso do Brasil, as regras de participação no tabuleiro eleitoral, seja como eleitor ou candidato, se encontram bem definidas no ordenamento jurídico.

Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. No Estado Democrático de Direito o conceito de legitimidade é fundamental para o exercício do poder estatal, que repousa no consentimento coletivo, o qual se manifesta pelo processo eleitoral e este deve seguir os princípios fundantes da nossa organização político-constitucional, notadamente a liberdade, a legalidade e a igualdade.

No contexto brasileiro atual tem-se uma configuração constitucional que assegura direitos de cidadania, especialmente os direitos políticos. Estes se definem como um conjunto de regras legais que asseguram a participação na vida pública do país, com o direito de seus cidadãos participarem de forma direta ou indireta do poder decisório do Estado, especialmente por meio de seus representantes, uma vez que vivenciamos uma democracia representativa.

Porém, apesar de ser considerados fundamentais, os direitos políticos não são absolutos. Sendo assim, a participação como representante do povo ou como eleitor depende de determinadas situações ou circunstâncias; isso porque a própria legislação determina as condições de elegibilidade e inelegibilidade. Tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, conhecida como a Lei das Inelegibilidades, passando pela Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições) e Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), atribui uma série de regramentos que impõem tanto as condições de elegibilidade quanto de inelegibilidade, reafirmando assim a relatividade do direito à participação política, seja ativa ou passiva, no processo eleitoral.

Diante desse contexto, o presente trabalho, elaborado a partir de revisão de literatura, em pesquisa na legislação e na jurisprudência sobre a temática, tem como objetivo debater, mesmo que de forma genérica, sobre aspectos constitucionais e infraconstitucionais de elegibilidade e inelegibilidade no Brasil, tendo como destaque as condições de inelegibilidade, especialmente em decorrência das inovações trazidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa). Evidentemente, considerando a complexidade do tema, o debate se desenvolverá em uma breve síntese sobre a matéria.

21 ELEGIBILIDADE: DEFINIÇÃO E CONDIÇÕES

Elegibilidade é a aptidão de ser eleito ou elegido. Elegível é o cidadão apto a receber votos em um certame para ocupar cargos político-eletivos. Exercer a capacidade eleitoral passiva significa candidatar-se validamente a tais cargos. Para isso, devem ser atendidas algumas condições, dentre as quais dispor de capacidade eleitoral passiva, ou seja, estar apto a ser votado. A aquisição dessa capacidade passa pelo cumprimento de certos requisitos, que se dividem entre Causas de Elegibilidade e Condições de Inelegibilidade.

O primeiro refere-se a pressupostos positivos, os quais o indivíduo deve incorrer para concorrer às eleições. Referente às condições de inelegibilidade, o que deve ser observado é a NÃO ocorrência das hipóteses previstas tanto nos §§ 4º a 7º do art. 14 da CF/88 quanto na Lei Complementar 64/90, incluindo as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa).

Na esfera constitucional as condições de elegibilidade expostas no art. 14, § 3º da CF/88 são as seguintes:

- I - A nacionalidade brasileira;
- II - O pleno exercício dos direitos políticos;
- III - O alistamento eleitoral;
- IV - O domicílio eleitoral na circunscrição;
- V - A filiação partidária;
- VI - A idade mínima de:
 - a) trinta e cinco anos para presidente e vice-presidente da República e senador;
 - b) trinta anos para governador e vice-governador de estado e do Distrito Federal;
 - c) vinte e um anos para deputado federal, deputado estadual ou distrital, prefeito, vice-prefeito e juiz de paz;
 - d) dezoito anos para vereador.

As condições de elegibilidade podem ser estabelecidas por Lei Ordinária. As inelegibilidades, contudo, somente podem ser estabelecidas por norma constitucional ou por Lei Complementar editada na forma do art. 14, § 9º, da CF.

Quanto à condição de elegibilidade (nacionalidade brasileira), somente a Constituição Federal pode estabelecer hipóteses de nacionalidade originária. No Brasil, a nacionalidade originária normalmente é fixada pelo critério do *jus soli*, mas são admitidas exceções que a conferem pelo critério do *jus sanguinis*.

A nacionalidade¹ originária é baseada em dois critérios, o primeiro funda-se no princípio de que será nacional todo aquele que for filho de nacionais (*jus sanguinis*) e o

1 Os direitos de nacionalidade, estão especificados na CF/88 no capítulo III, artigos 12 e 13.

segundo determina serem nacionais todos aqueles nascidos em seu território (jus soli ou jus loci). De acordo com a Constituição Federal, dos cargos eletivos por votação direta, são privativos de brasileiros natos os de Presidente e Vice-Presidente da República, para os demais cargos exige-se apenas a condição de brasileiro nato ou naturalizado.

Quanto à segunda condição de elegibilidade, a saber, o pleno exercício dos direitos políticos, há que se observar as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos, que são denominadas “Direitos Políticos Negativos” e que estão explicitadas no artigo 15 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - Incapacidade civil absoluta;

III - Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - Recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

A terceira condição de elegibilidade é o alistamento eleitoral, já que somente pode ser eleito quem pode votar. Ressalta-se que nem todos que podem votar são elegíveis. A Constituição Federal de 1988 adota o sistema de sufrágio universal, o qual outorga o direito de se alistar e votar àqueles que detêm a capacidade civil e preenchem os requisitos básicos nela previstos, sem limitações decorrentes do grau de instrução, do poder econômico, do sexo ou da convicção religiosa. Assim, o alistamento eleitoral e o voto são obrigatórios para os brasileiros maiores de 18 anos, e facultativos para os analfabetos, para os que têm entre 16 e 18 anos (até a data da votação) e para os que têm mais de 70 anos.

A quarta condição de elegibilidade é o domicílio eleitoral, que é o município em que o cidadão deve alistar-se como eleitor, o que lhe permite gozar de direitos políticos como a candidatura a cargos eletivos. Para isso, exige-se que o pretense candidato tenha domicílio eleitoral na circunscrição perante a qual pretende ser eleito. O art. 9º da Lei nº 9.504/97 previa que o candidato tivesse domicílio eleitoral na circunscrição da eleição no mínimo um ano antes do pleito eleitoral. Com as alterações inseridas com a implementação da Lei nº 13.877/19, o tempo mínimo de domicílio eleitoral foi igualado ao prazo exigido de filiação, isto é, 6 meses antes do pleito. Conforme o art. 86 do Código Eleitoral, nas eleições presidenciais a circunscrição será o país; nas eleições federais e estaduais, o estado; e, nas municipais, o respectivo município.

A quinta condição de elegibilidade é a filiação partidária, que conforme o art. 14, § 3º, inciso V, da CF/88, é obrigatória para qualquer pessoa interessada em concorrer nas eleições. Assim, para ser candidato é preciso estar vinculado a um partido político por meio

da filiação partidária. O prazo de filiação partidária deferida pelo partido atualmente exigido é de pelo menos seis meses antes das eleições, nos termos do art. 18 da Lei Federal nº 9.096/95 e do art. 9º da Lei n. 9.504/97 (na redação dada pela Lei nº 13.165/2015).

Para os magistrados, membros do Ministério Público que não fizeram a opção do art. 29, § 3º, do ADCT, e membros dos Tribunais de Contas, os quais não podem manter qualquer participação político-partidária - inclusive filiação - durante o serviço ativo, exige-se a filiação partidária no prazo de seis meses antes das eleições (art. 13 da Res. TSE nº 22.156/2006 e art. 1º, II, a, 14, da LC n. 64/90, elaborados quando o prazo geral de filiação era de um ano). A Emenda Constitucional nº 45/2004 passou a vedar, sem exceções, a participação político-partidária dos membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, II, e, da CF). Para os que ingressaram antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 há que se admitir a participação político-partidária, desde que licenciados na forma delineada na Resolução nº 20.559 do TSE e nas ADIns 1.371/DF e 1.377/DF.

Não é proibida a filiação partidária aos defensores públicos, que podem exercer atividade político-partidária, porém devem se sujeitar à regra geral de filiação. Em relação aos militares reformados, a Res.-TSE nº 20.615 traz:

Consulta – Militar que passa à inatividade após o prazo limite de filiação partidária (art. 18 da Lei 9.096/95) – Elegibilidade. Se a passagem para a inatividade ocorrer depois do prazo de um ano para a filiação partidária, mas antes da escolha em convenção, deve o militar, ao se tornar inativo, no prazo de quarenta e oito horas, filiar-se a partido político (Res.-TSE n. 20.615).

O militar federal ou estadual, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos (inciso V do § 3º do art. 142 e art. 42, § 1º, da CF/88). Assim, para poder candidatar-se, deve suspender o exercício do serviço ativo desde o registro da candidatura até a diplomação (Res.-TSE nº 19.978/97 e art. 82, XIV, da Lei nº 6.880/80). Dessa forma, não se exige filiação partidária prévia, sendo suficiente o registro da candidatura (Ac.-TSE 11.314/90 e Res.-TSE nº 19.509/96).

De acordo com o § 8º do art. 14 da CF/88, o militar alistável é elegível nos seguintes termos: a) se contar com menos de dez anos de serviço militar - deve afastar-se definitivamente da atividade, conforme decidiu o STF (RE 279.469/RS, de 16-3-2011); b) se contar com mais de dez anos de atividade - o militar será temporariamente agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade. Nos termos da LC nº 64/90 e da Resolução nº 18.019/92 do TSE, sob pena de inelegibilidade, o servidor militar da ativa deve se afastar no mínimo três meses antes do pleito, qualquer que seja a eleição.

A sexta condição de elegibilidade é a idade mínima (§ 2º do art. 11 da Lei n. 9.504/1997), que deve estar preenchida no dia da posse, salvo quando fixada em dezoito anos, hipótese em que será aferida na data-limite para o pedido de registro (§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.504/97 na redação da Lei nº 13.165/2015).

Quanto à idade máxima de acesso aos cargos eletivos, não há limitação. A partir do RE eleitoral nº 809.82, j. de 26/08/2014, o TSE alterou a jurisprudência do § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97, definindo que as condições de elegibilidade (à exceção da idade tratada no § 9º) e as causas de inelegibilidade devem ser até o final da tramitação do pedido de registro pelas instâncias ordinárias.

3 I AS CONDIÇÕES DE INELEGIBILIDADE NA LEI DA FICHA LIMPA

O instituto da inelegibilidade é um impedimento absoluto ou relativo ao poder de candidatar-se a um cargo eletivo, e a um exercício da capacidade eleitoral passiva. Assim, conforme José Jairo Gomes (2020, p. 238) “trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo”. Ressalta-se que somente a Constituição Federal pode prever a inelegibilidade absoluta, tendo em vista ser considerada situação extrema, como expressa o artigo 14, § 4º nos casos relacionados aos inalistáveis, como os estrangeiros, conscritos e aos analfabetos.

As inelegibilidades relativas estão basicamente arroladas nos §§ 6º a 8º do art. 14 da CF/88, dispondo sobre situações concernentes à chefia do Poder Executivo, podendo ser afastadas mediante desincompatibilização, em razão do cargo ou do grau de parentesco. O art. 14, § 7º, da CF/88 dispõe sobre as inelegibilidades relativas reflexas, impedindo que sejam eleitos parentes de ocupantes de cargos do Poder Executivo, no respectivo território, salvo se detentores de mandato anterior, ou candidatos à reeleição. A legislação complementar traz o detalhamento quanto às inelegibilidades relativas, após o advento da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

A Lei da Ficha Limpa trouxe inovações substanciais na legislação eleitoral, ampliando significativamente os casos e o prazo de inelegibilidade e os efeitos jurídicos. Conforme Souza (2012),

Em primeiro lugar, houve alteração do prazo de inelegibilidade para oito anos, não importando o crime ou quem o tenha cometido. Foram mantidos os crimes anteriores e considerados outros que não constavam no rol da LC 64/1990 [...] A principal alteração, contudo, foi a de que a proibição de candidatura, inelegibilidade, passa a se dar nos casos de políticos condenados na Justiça em decisão com trânsito em julgado ou por decisão judicial colegiada, mesmo que ainda sem trânsito em julgado (2ª instância ou única instância) (SOUZA, 2012, p. 79-80).

Com efeito, a Lei da Ficha Limpa representa um marco fundamental na legislação eleitoral, não apenas em termos de ampliação dos casos de inelegibilidade e prazo na aplicação de penalidade, como também na questão da condenação por órgão colegiado. Certamente, essas mudanças, mirando um ataque à corrupção, surgiram no diploma legal porque não foi uma proposta nascida no Poder Legislativo, mas a partir da participação cidadã.

Há que se destacar que o art. 62, § 2º da CF/88 assegurou aos eleitores o direito de apresentar projetos de lei de iniciativa popular. Esse foi o caso da Lei da Ficha Limpa, decorrente de um movimento de iniciativa cidadã, liderado pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que conseguiu mais de um milhão de assinaturas para que a proposta fosse apresentada na Câmara dos Deputados.

As inelegibilidades só podem ser estabelecidas por norma constitucional ou por lei complementar editada na forma do art. 14, § 9º, da CF/88 (cf. ADIn-MC 1.063). Assim, encontra-se no artigo supracitado, especificamente no § 4º, a previsão constitucional: “São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos”. Neste caso, estes constituem aquelas pessoas que não conseguem ler ou redigir um texto. No entanto, a ausência do diploma que comprova a escolaridade junto ao pedido de registro da candidatura possibilita que o juiz constate, por outros meios, a condição de alfabetizado, conforme os seguintes dispositivos: art. 28, § 5º, da Res.-TSE nº 21.608/2004, art. 29, § 2º, da Res.-TSE nº 22.717/2008 e art. 27, § 8º, da Resolução TSE nº 23.373/2011.

O art. 14, § 7º da CF/88 apresenta ainda os casos de inelegibilidade relativa dos parentes do chefe do Poder Executivo, no território de jurisdição do titular: o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito. Da mesma forma, a regra torna inelegíveis aqueles que tenham assumido mandato nestes cargos executivos “dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”. Com efeito, observa-se que são condições de inelegibilidade bastante objetivas.

Outro aspecto é apontado na Súmula Vinculante 18/2009 do STF, é que “a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da CF”, ou seja, o cônjuge permanece inelegível, certamente para evitar a dissolução do vínculo conjugal apenas com objetivo político-eleitoral.

Podemos inferir ainda do texto constitucional, que os cônjuges e parentes são elegíveis para quaisquer cargos fora da jurisdição do respectivo titular do mandato e para o cargo de jurisdição mais ampla. Também são elegíveis parentes até o segundo grau do Chefe do Executivo para um cargo eletivo diverso, no mesmo território, desde que haja a desincompatibilização definitiva do Chefe do Executivo seis meses antes do pleito.

Atualmente as inelegibilidades estão previstas na LC nº 64/90 (Lei das Inelegibilidades), norma esta que foi alterada pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e no art. 1º encontramos as causas de inelegibilidade infraconstitucionais. O rol inserido na lei da Ficha limpa é extenso e taxativo, especificando as inelegibilidades nos seguintes termos:

O art. 1º, I, ‘a’, da LC nº 64/90 reitera que são absolutamente inelegíveis para qualquer cargo os inalistáveis e os analfabetos.

A alínea ‘b’, estabelece que os parlamentares federais, estaduais ou municipais,

que tenham perdido seus mandatos por falta de decoro ou por violação dos impedimentos previstos no art. 55 da CF (ou congêneres da Constituição do Estado ou da Lei Orgânica do Distrito Federal ou de um município), ficam inelegíveis para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos, e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura.

O art. 1º, I, 'c', determina que o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, estarão inelegíveis para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos.

O art. 1º, I, 'd', designa os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, são inelegíveis para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes. Nesta alínea, a perda do cargo eletivo diz respeito à condenação pelos denominados crimes de responsabilidade, também conhecidos como infrações político-administrativas.

O art. 1º, I, 'e', torna inelegíveis os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; contra o meio ambiente e a saúde pública; eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; de redução à condição análoga à de escravo; contra a vida e a dignidade sexual; praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando.

O art. 1º, I, 'f', prevê a inelegibilidade aos que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos. Já o art. 1º, I, 'g', institui 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.

A alínea 'h', art. 1º traz como inelegíveis os detentores de cargo na administração

pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes.

Segundo o art. 1º, I, 'i', a inelegibilidade se estende aos que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade.

Também são inelegíveis, de acordo com o art. 1º, I, 'j', os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição.

Pela alínea 'k', do art. 1º, I, são inelegíveis o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura.

De acordo com a alínea 'l', são inelegíveis 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. E, pela alínea "m", os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário.

São inelegíveis, conforme prevê a alínea "n", os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude e, pela alínea o, os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário.

Consoante à alínea "p", também são inelegíveis a pessoa física e os dirigentes

de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22.

Por fim, são inelegíveis para qualquer cargo, de acordo com a alínea “q”, os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos.

Resumidamente, conforme Araújo e Ximenes (2019) as previsões de inelegibilidade incluídas no inciso I do artigo 1º da LC nº 64, refletiram num aumento significativo no volume de recursos ao Tribunal Superior Eleitoral, e conseqüentemente o volume de recursos ao Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, “estimulou de vez a judicialização das disputas ao ampliar os casos de inelegibilidade e os prazos para hipóteses já previstas” (ARAÚJO; XIMENES, 2019, p. 428). Evidentemente, este instituto impôs uma diversidade de situações que implicam em inelegibilidade e, de certa forma, passou a ser um mecanismo integrante das disputas eleitorais que deve ser observado com cuidado.

Apesar de ainda existirem muitas polêmicas em torno de dispositivos da Lei da Ficha Limpa, sua constitucionalidade foi declarada ainda em 2012 nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578. Como instrumento normativo de iniciativa popular, a norma buscou atender aos anseios da sociedade, como afirma Souza (2012):

Apesar dos debates que se acirram na mais alta Corte deste País acerca da aplicabilidade de seus dispositivos para esta ou aquela eleição, não há dúvidas de que foi um passo dado adiante e que, afastados os entendimentos contrários à sua constitucionalidade, será um poderoso instrumento regulador da atividade pública eletiva, de forma a evitar que candidatos com ações penais contra si possam atuar como representantes do povo que os elegeram (SOUZA, 2012, p. 83-84).

Com efeito, mesmo sendo a Lei da Ficha Limpa passível de críticas, como qualquer outra norma, a proposta concretizada no ordenamento jurídico, que não nasceu no Poder Legislativo e nem foi desconfigurada neste, representa um avanço na busca da moralidade na política. Dessa forma, demonstra a importância da democracia participativa e do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a participação popular não se resume a votar e ser votado, mas em participar da vida política e contribuir para processo de aperfeiçoamento da democracia e das instituições do Estado.

Apesar de certamente ter contribuído para a judicialização, cada vez mais acentuada, do processo eleitoral, a Lei da Ficha Limpa vem fazendo com que, principalmente gestores e políticos, redobrem seus cuidados em suas ações, cientes de que poderão ser implicados com repercussões negativas em relação à sua elegibilidade, podendo tornar inelegíveis.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os direitos políticos, a participação no processo eleitoral representa um significado importante para a democracia de um país. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o direito de votar e ser votado consolidou-se tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional. A constante realização do escrutínio público, de forma transparente e democrática, para a escolha de representantes do povo nos Poderes da República, significa a consolidação de um modelo de democracia que não seja apenas um “governo da maioria”, mas que as minorias possam ter voz e vez no debate público.

Os ditames constitucionais impõem a governantes e governados o poder emanado pelo povo. A densa legislação eleitoral erigiu instrumentos que consolidaram o ordenamento de todo o processo eleitoral no Brasil, delimitando claramente as condições de participação, ativa e passiva, na escolha pública da representação político-partidária. As condições de elegibilidade e inelegibilidade são mecanismos próprios de instrumentalização da democracia e, exigem, pelo menos em tese, que os cidadãos adotem condutas inerentes à moralidade, a probidade e a legalidade de suas ações, tanto na vida privada quanto como agente público, principalmente.

Evidentemente, a ampliação do rol de inelegibilidade, decorrente do advento da Lei da Ficha Limpa, ampliou as disputas eleitorais no âmbito do Poder Judiciário, com uma maior judicialização do processo eleitoral, configurando, muitas vezes, um novo turno eleitoral. Entretanto, não se pode negar a função pedagógica imposta por essa lei, com repercussões diretas na administração pública, posto que atos de agentes públicos, principalmente políticos, podem configurar inelegibilidade ou perda de mandato. Com isso, seguramente, a Lei da Ficha Limpa representa um instrumento jurídico que se agrega ao enfrentamento à corrupção.

No entanto, as disputas nos tribunais também denunciam que o abuso de poder político e econômico ainda configuram uma prática na luta pelo poder. Apesar das regras mais simplificadas, o volume de processos cada vez mais intenso torna a justiça eleitoral também morosa, e isso acaba prejudicando a efetividade da prestação jurisdicional em relação às disputas judiciais dos pleitos eleitorais, que precisam ter resultados mais céleres e estáveis para que não impliquem em verdadeira instabilidade político-administrativa.

O Brasil vivencia uma estabilidade democrática há mais de 30 anos, com processos eleitorais constantes e dentro do ordenamento jurídico pátrio. Nesse processo de consolidação da democracia, com as condições de elegibilidade e inelegibilidade definidas na legislação vigente, cabe ao Poder Judiciário não gerar instabilidade interpretativa das normas, para que não incendeie o jogo do poder pelo poder, que já faz parte da democracia à brasileira, inclusive com a judicialização constante do processo eleitoral.

Enfim, para que a democracia e a cidadania sejam exercidas com processos eleitorais livres, democráticos, transparentes, equilibrados e justos, onde vençam a maioria

e sejam respeitadas as minorias, é necessário que se cumpram as regras do jogo e se aceitem os resultados. Por fim, espera-se que o aperfeiçoamento da democracia seja resultante da consciência cidadã decorrente das urnas e não dos tribunais. Que cada cidadão busque cumprir o seu papel de elegibilidade e inelegibilidade não apenas durante o processo eleitoral, mas de forma constante como exercício cívico dentro dos parâmetros da necessária transparência pública, para que os eleitos se sintam na obrigação de cumprimento dos seus deveres enquanto representantes do povo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eduardo Borges Espindola; XIMENES, JÚLIA MAURMANN. **Contencioso eleitoral em tempos de judicialização da política: a disputa no Supremo e o Supremo na disputa**. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rinc/v6n2/2359-5639-rinc-06-02-0423.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096compilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Lei nº 9.504/97, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.877, de 27 de setembro de 2019**. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995, 9.504, de 30 de setembro de 1997, 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), 13.831, de 17 de maio de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13877.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 17, nº 42, p. 55-75, Jan-Março/2016.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SOUZA, Daniela Barbosa Assumpção de. **Algumas Considerações Sobre a Lei da Ficha Limpa e as Inelegibilidades**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/7/seminariodedireitoeleitoral_79.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

SISTEMA DE SUPLÊNCIA NO SENADO FEDERAL E SUA COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 06/05/2021

Ester Granusso Moraes

Universidade Presbiteriana Mackenzie
Campinas/SP

<http://lattes.cnpq.br/8586503024072578>

RESUMO: Este artigo apresenta o método utilizado para a determinação dos senadores suplentes expresso no artigo 46 da CF/88. A objeção ao método é que os nomes dos suplentes não são expostos ao público e a ausência de normas para a escolha destes gera muitos casos em que os suplentes são parentes do titular, financiadores de campanhas ou até situações de acordos para a divisão do mandato. No início do estudo a busca é pelo conceito de democracia e soberania popular visando a compatibilidade do método com o Estado Democrático. No percorrer, alguns dados são observados, chegando na conclusão de que a influência dos suplentes no parlamento é de extrema relevância, tendo em vista as muitas vacâncias que ocorrem, além dos dispêndios públicos. Em busca de possíveis soluções, o estudo passa a analisar ordenamentos jurídicos de outros países, inclusive atentando-se para o princípio da separação dos poderes. Além disso, há demonstração de algumas PEC's e de um Projeto de Lei (PLS). Em conclusão, confirma-se que o método é incompatível com o Estado Democrático, pois a inobservância do poder do

povo gera a representação ilegítima, infringindo o exercício da democracia representativa no Brasil. Por fim, diante da análise de diversas possíveis soluções, considera-se como mais apropriada a eleição para os senadores suplentes de forma similar a eleição dos titulares.

PALAVRAS-CHAVE: Suplência. Senado Federal. Democracia.

SUPPLY SYSTEM IN THE FEDERAL SENATE AND ITS COMPATIBILITY WITH THE DEMOCRATIC STATE

ABSTRACT: This article presents the method used for the determination of alternate senators expressed in Article 46 of the CF/88. The objection to the method is that the names of alternates are not exposed to the public and the absence of rules for the choice of these generates many cases in which the alternates are relatives of the holder, campaign funders or even situations of agreements for the division of the mandate. At the beginning of the study the search is for the concept of democracy and popular sovereignty aiming at the compatibility of the method with the Democratic State. In the way, some data are observed, coming to the conclusion that the influence of alternates in parliament is extremely relevant, in view of the many vacancies that occur, in addition to public expenditures. In search of possible solutions, the study begins to analyze legal systems of other countries, including the principle of separation of powers. In addition, there is demonstration of some PEC's and a Bill (PLS). In conclusion, it is confirmed that the method is incompatible with the Democratic State, because the non-observance of the power

of the people generates illegitimate representation, infringing the exercise of representative democracy in Brazil. Finally, given the analysis of several possible solutions, the election to alternate senators is considered more appropriate in a similar way to the election of the holders.

KEYWORDS: Supplement. Federal Senate. Democracy.

1 | INTRODUÇÃO

O presente fixa-se no método de suplência parlamentar utilizado pelo Senado Federal, no qual os suplentes assumem a atividade legislativa quando existem vacâncias permanentes ou provisórias, representando os Estados e o Distrito Federal, sem que tenham recebido qualquer voto do povo.

Em vista disso, a busca é pela relação desse método com o Estado Democrático e suas consequências, associando questões como a democracia e soberania popular através de seus conceitos filosóficos, políticos e históricos.

Sendo assim, adentraremos em análises quanto aos diversos conceitos de democracia e soberania popular, além da observação de dados quanto aos senadores e seus suplentes no exercício dos mandatos.

2 | DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 O regime político brasileiro

O regime político adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988 está expresso em seu artigo 1º, de forma clara, percebe-se que o Estado Brasileiro é fundado no princípio democrático e destina-se a assegurar os direitos sociais e individuais. Mais adiante, no parágrafo único do mesmo artigo, identifica-se o princípio da soberania popular no regime adotado, baseando-se na ideia de que o poder do Estado decorre do poder soberano do povo. (SILVA, 2011, p. 125). Desta maneira, necessário estudo quanto ao conceito de democracia e soberania popular que segue.

2.2 Busca pelo conceito de Democracia e Soberania Popular

Ante uma análise etimológica, a democracia simboliza o poder do povo, tendo origem da palavra grega “*demokratos*”, que em sua definição reparte-se em “*demos*” que significa “povo” e “*kratos*” que significa “poder”.

Já através de uma análise histórica, afirma-se que a democracia surgiu primeiramente na cidade-estado Atenas, durante a época clássica, precisamente no século V a.C. Ainda que não seja criação de um único homem, o conceito foi esclarecido por Sólon, considerado um ilustre legislador estadista que desencadeou grandes reformas políticas.

Na época, os cidadãos atenienses participavam de assembleias realizadas nas

ágoras, conhecidas por Eclésias, para debater medidas referentes à legislação, sujeitas a aprovação das leis discutidas na pauta. Cabe ressaltar que somente era considerado cidadão, aquele natural e filho de pais nascidos em Atenas, com idade superior a 21 anos e que se enquadrava em determinada categoria econômica.

Para ser ajustado quais medidas deviam ser discutidas nas Eclésias, Sólon fundou o “Bulé”, que mediante um sorteio anual, eram nomeados representantes para planejar as pautas que seriam debatidas. Dessa maneira, cabe a observação de que estaria surgindo um leve vislumbre de uma democracia representativa.

Diante da sustentação da ideia de voto censitário, Solón foi alvo de revoltas e Clístenes passou a atuar, fortalecendo o regime, que por sua vez, foi considerado um dos sistemas governamentais e políticos que mais atingiram a igualdade entre os cidadãos, através da extinção do sufrágio censitário e aplicação do princípio da isonomia.

Além disso, a democracia se pautava no entendimento que debates antecederiam a tomada de decisões, não devendo ser tomada nenhuma decisão sem haver um debate. Portanto, para que o debate fosse exercido de forma isonômica, era necessário a consumação do dissenso, termo que diz respeito a exposição das contradições, para que as partes possam ceder em uma proposta consensual. Uma vez que fosse posta em prática, era indispensável a isegoria, que se refere ao direito do cidadão de se manifestar e ao tempo de fala dele. Somente haveria direito de exercer a isegoria aqueles que tinham ócio, caracterizado pelo tempo livre para participar ativamente e diretamente na política. Sendo assim, não havia a necessidade de eleição para representantes.

Nesse ponto, exequível um aprofundamento no conceito filosófico de democracia apresentado por Jean-Jacques Rousseau que, de maneira diversa ao senso comum, não considerava Atenas o ponto de partida da democracia.

Assim dizendo, embora seja possível classificar a democracia ateniense como a democracia mais pura, Rousseau apresenta a ideia de que, na realidade, jamais sequer existiu democracia em Atenas, uma vez que a política era exercício dos eruditos, que desempenhavam seu poder de fala e convenciam os cidadãos nas Eclésias.

Por conseguinte, o que acontecia em Atenas para o filósofo era considerado uma aristocracia tirânica, não obstante deve ser ponderado que a democracia exercida em Atenas era direta, em que todo cidadão poderia participar da Assembleia e exercer o direito a *isegoria*.

Nas palavras de Rousseau (SD, p. 155): “(...) na verdade, Atenas não era uma democracia, mas sim uma aristocracia bastante tirânica, governada por oradores e eruditos”.

Em sua obra *Do Contrato Social*, Rousseau declara o povo como detentor legítimo da soberania, que aliena sua liberdade individual do estado de natureza por meio de um contrato social para que, em contrapartida, fosse possível a constituição da vontade geral, sendo que “a vontade particular, por sua natureza, tende às predileções, e a vontade geral à igualdade” (ROUSSEAU, 1983, p. 44)

Sobre o pensamento democrático de Rousseau, nas palavras de Chevallier (1999, p. 174, grifo do autor):

Rousseau quis erigir, lembrando-se de Genebra, uma soberania sem perigo para os governados e, apesar disso, tão augusta, majestosa e exigente, quanto a soberania de um só, segundo Bodin, Hobbes e Bosseuet. Soberania do Povo, isto é, dos cidadãos em conjunto, soberania inteiramente abstrata, em substituição à soberania concreta de um Luís XIV, usurpada sobre a de Deus! Soberania que opõe a *O Estado sou eu*, do monarca absoluto, *O Estado somos nós*, dos governados em conjunto!

A democracia de Rousseau somente seria exercida se a esfera particular/individual fosse deixada de lado para que a sociedade civil se constituísse e expressasse a vontade geral. Todavia, é exatamente esse caráter excludente entre o particular e o coletivo de Rousseau que necessita de certa observação, visto que a partir da concepção do mundo moderno, houve uma vasta importância cedida à liberdade individual dos indivíduos. Além do mais, a democracia somente seria considerada como tal naquele Estado em que o povo soberano exercesse diretamente o poder legislativo (CHEVALLIER, 1999, p. 182). No entanto, mesmo o próprio Rousseau sabia: seu ideal democrático não haveria possibilidade de ser exercido em Estados maiores.

A opinião de Chevallier (1999, p. 193) é de que “No fundo, ele pensa – e já escrevera antes – que o Estado deveria limitar-se “a uma só cidade no máximo”, podendo as pequenas cidades confederar-se, afim de subsistir em face dos grandes Estados.”

Em função disso, o que antes era democracia acabou por transformar-se no tempo. Hoje, a democracia passa a ser exercida de forma representativa, única alternativa viável sob o fundamento de que os modernos são muito mais numerosos que os povos gregos.

Com o propósito de depurar ainda mais o conceito de democracia e suas facetas, cabe uma análise do trabalho de Hans Kelsen sobre o tema, observando que o presente estudo não será respaldado no positivismo do jurista Kelsen em Teoria Pura do Direito, mas sim na visão de seu aspecto filosófico-político. Uma vez que, embora o pensamento geral em torno da visão apresentada por Kelsen em Teoria Pura do Direito seja um ideal antidemocrático, não é verossímil a afirmação.

Isto porque apesar de Kelsen ter sido um judeu na época do regime nazista, há de se falar que Teoria Pura do Direito foi produzido para demonstrar a ciência do direito, ou seja, a demonstração do direito em seu caráter puro e sem ideologias dentro de um ordenamento jurídico. Trata-se de uma obra de Kelsen que não busca o que deve ser moralmente aplicado ou não, mas sim o direito da produção normativa. (COELHO, 2001)

Na perspectiva de Kelsen (2000), democracia associa-se com liberdade. À vista disso, a liberdade natural procurada pelo ser humano dentro da heteronomia, ou seja, dentro do domínio que não por ele mesmo, acaba tornando-se a liberdade social ou política, a partir do momento que o homem se reconhece como igual perante o outro homem e questiona-se os motivos de ter que obedecê-lo, senão a ele mesmo. Por essa razão, além

do ideal de liberdade que a democracia é inerente, também existe o ideal de igualdade. Sabendo que é inevitável o exercício de um poder que imponha uma ordem social, a liberdade política é exercida por meio da concepção de um terceiro, qual seja, o Estado.

O Estado é encarado como uma figura anônima que sobreveio por meio da “vontade coletiva”. Com efeito, a liberdade somente é exercida pelo indivíduo que está submetido à ordem estatal. Disserta Kelsen (2000, p. 33):

Aliás, afirma-se com insistência que o indivíduo que cria a ordem do Estado, organicamente unido a outros indivíduos, é livre justamente nos laços dessa união, e apenas nela. [...] A consequência - deduzida logicamente por alguns autores - é que, já que os cidadãos do Estado são livres apenas em seu conjunto, isto é, no Estado, quem é livre não é cada um dos cidadãos, mas a pessoa do Estado. Isso também é expresso pela fórmula segundo a qual é livre apenas o cidadão de um Estado livre. À liberdade do indivíduo substitui-se, como exigência fundamental, a soberania popular, ou, o que dá no mesmo, o Estado autônomo, livre.

Mediante o exposto, Kelsen apresenta uma antítese: a liberdade natural do indivíduo é impossível de ocorrer, tendo em vista que o indivíduo enxerga o outro como a si mesmo, não admitindo que seja regulado. No entanto, não há que se falar em falta de ordem social, sendo assim, a liberdade natural do indivíduo necessita ser exercida sob o aspecto de liberdade política. Para tanto, a criação de um Estado que estabeleça uma ordem é fruto de uma vontade de todos, pelo qual todos os indivíduos que se submetam a ele, sejam livres no conjunto, o que leva pensar que Estado é que é livre. Consequentemente, caso o Estado não seja livre, o cidadão que pertence a ele não é livre. Posto isso, caso a liberdade não seja encarada como a soberania popular, não existe liberdade e assim, não existe democracia.

Adentrando ao conceito de participação do cidadão em sua ordem estatal, justificado pela noção natural de liberdade que se transforma em liberdade social ou política, torna-se válida a participação ainda que exercida por meio de representantes eleitos, diante da impossibilidade do exercício da democracia direta, fator que não tem influência no conceito de democracia, pois sua característica imprescindível é conter a participação do povo. Nas palavras de Kelsen (2000, p. 142, grifo do autor):

[...] a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia.

Quanto a um estudo mais aprofundado sobre a democracia indireta, possível o embasamento em algumas palavras do filósofo John Locke (1983, p. 85), considerado um dos precursores dessa forma de governo:

“Tendo a maioria, conforme mostramos, quando de início os homens se reúnem em sociedade, todo o poder da comunidade naturalmente em si, pode emprega-lo para fazer leis destinadas à comunidade de tempos em tempos, que se executam por meio de funcionários que ela própria nomeia: nesse caso, a forma de governo é uma perfeita democracia.”

Para José Afonso da Silva (2011, p.125), o conceito de democracia é muito mais histórico. Não sendo a democracia um fim por si só, mas sim um instrumento para que sejam alcançados outros valores, os quais estão inseridos nos direitos fundamentais. Dessa forma, ao longo da história, o conceito de democracia foi sendo aperfeiçoado de acordo com as visões e vivências de cada povo, por isso o próprio conceito de democracia também é indicado como um processo, não apenas em sua maneira de ser exercida, conforme a visão de Hans Kelsen, mas sim em sua própria definição.

Todavia, não é possível deixar de olhar ao fator principal que sempre está presente: a democracia “revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo” (SILVA, 2011, p. 125-126), poder este que é soberano.

No pensamento de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1998, p. 934), o poder não está apenas ligado aos meios de obter um bem futuro, pois ele só pode existir quando há uma relação entre pessoas. Portanto, utilizam-se da expressão “Poder de um homem sobre outro homem” e apresentam a característica de que o poder é submetido a determinada limitação em sua esfera de atuação.

Pode-se dizer que o povo é soberano e o poder emana do povo. Desse ponto é que se identifica a noção de soberania popular, elemento considerado o fundamento da democracia de um Estado Democrático.

Tomando a esfera política para a presente análise, a qualificação de “soberano” ao poder traz o significado de que não possui sujeição perante nenhum outro, ocupando o topo de uma pirâmide de hegemonia. Dessa forma, o poder do povo é soberano e “sem ele não se concebe o Estado, que o enfeixa em nome de seu titular, o povo”. (GOMES, 2013, p.44).

A soberania popular tem sua concretização através do sufrágio universal, do voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF/88, art. 1º e 14). A maneira que a soberania popular é concretizada está atrelada à ideia de democracia representativa ou participativa. Na democracia participativa, constam os institutos do plebiscito, referendo e da iniciativa popular, ainda que seja possível tratá-los como institutos de uma democracia semidireta. Já na democracia representativa, na qual o presente se debruça, estão inseridos o sufrágio universal e o voto direto e secreto. Nas palavras de Silva (2011, p. 137):

A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições o sistema eleitoral, os partidos políticos etc., como constam dos arts. 14 a 17 da Constituição.

Sendo assim, possível constatar que a democracia indireta em seu aspecto prático se

baseia na eleição de representantes através de votos diretos e secretos para que exerçam a função de representação em assembleia por um determinado período. Ao término desse período, podem ou não serem reeleitos, isso dependerá da legislação de cada país.

Ademais, observa-se dentre os elementos da democracia representativa, os partidos políticos que organizam grupos com interesses comuns, tanto para facilitação do processo de escolha dos representantes, quanto para lutar por cargos políticos na divisão de poder do governo. Sendo que no Brasil, somente é possível apresentarem-se como candidatos aqueles filiados a partidos políticos.

A eleição de determinado candidato por meio do voto concede o poder soberano do povo, ou seja, este candidato se torna apto para representar a vontade geral nas respectivas casas, devendo debater e decidir sobre questões públicas com o intuito de sempre observar o bem comum.

Em vista dessas considerações, fica evidente que a falta dos institutos de democracia representativa (sufrágio universal e voto direto e secreto), configura no exercício de soberania popular desfalcado, dificultado, impossibilitado. Falta essa que é observada na representação exercida pelos suplentes dos senadores eleitos no Senado Federal.

2.3 Do suplente nas Constituições Brasileiras

A Constituição Federal de 1988, conhecida por “Constituição Cidadã”, elaborada como resultado de um processo de redemocratização brasileiro após o fim do regime militar, em seu artigo 46, parágrafo 3º, determina a regra para os senadores suplentes, sendo que a normatização da matéria é de que cada senador deverá ser eleito concomitantemente com dois suplentes.

Isto se deve a adesão do método de suplência estabelecido pela Carta Magna de 1946, na qual somente haveria nova eleição caso faltassem mais de 9 meses para a próxima eleição. O mesmo critério foi adotado pela CF de 1967, que em sua essência apresentou um período de retrocesso em termos de direitos civis e políticos.

No que concerne ao período do regime militar, o Decreto-Lei 1.543 de 15 de abril de 1977, trouxe uma modificação quanto ao número de suplentes, que foi ampliado para dois e posteriormente utilizado pela Constituição de 1988. O método para a determinação do cargo também sofreu alteração, sendo o cargo da suplência daqueles que fossem o segundo e o terceiro mais votados do partido.

Distanciando-se um pouco mais dos períodos citados e caminhando mais ao passado, a primeira constituição brasileira republicana (CF/1891) utilizava-se de nova eleição de senador para suprir as vacâncias apresentadas na Câmara Alta, ou seja, não apresentava o suplente. Quanto ao período exercido pelo novo eleito, era determinado pelo tempo que faltasse para o término do mandato do primeiro senador.

2.4 O método “Chapa Única” adotado pela CF/88

O método utilizado pela Constituição de 1988, que aderiu ao estabelecido pela Constituição de 1946 e 1967, é chamado de “chapa única”, constatando-se que a eleição de determinado candidato implica na eleição dos dois substitutos por ele escolhidos.

É através desse método que os suplentes, ao contrário dos senadores que são eleitos diretamente pelos cidadãos para representar seu respectivo Estado ou Distrito Federal, ficam possibilitados para assumir o cargo parlamentar quando houver alguma vacância provisória ou permanente do senador eleito.

2.5 As objeções ao método

No Brasil, o método da Chapa Única tem grande impacto, especialmente porque a Câmara Alta nos países presidencialistas tem mais força. (NEIVA, 2006, p. 269-299)

Uma das objeções ao método utilizado está inserida na característica de que não são divulgados os nomes dos suplentes de cada senador. Em outras palavras, na campanha, a informação de quem são os escolhidos pelo senador é ocultada. O povo desconhece os substitutos e acaba tornando-se uma massa desinformada, sem saber quem é o escolhido para que efetue a representação de seu respectivo Estado ou Distrito Federal no parlamento. Isso desencadeia e fortalece nomeações de financiadores de campanhas, familiares e pessoas sem experiência alguma em cargos públicos para o lugar dos suplentes.

Ainda que a Resolução TSE nº 22.995 de 19/12/2008 tenha determinado a exposição do nome dos suplentes nas urnas eleitorais, não é o bastante, já que é somente no momento do voto que o eleitor tem conhecimento de quem serão os suplentes de seu senador escolhido.

Além de não serem expressos os nomes, dificilmente os suplentes fazem de maneira a participar das campanhas com os senadores, o que descaracteriza uma possível responsabilidade ligando-os com o eleitorado.

No que diz respeito às funções dos senadores, além de legislar junto à Câmara dos Deputados e defender os interesses de cada Estado, os senadores são responsáveis por aprovar a escolha de ministros do Supremo Tribunal Federal, do presidente do Banco Central, avaliar o Sistema Tributário Nacional e autorizar empréstimos efetuados pelo governo, dentre outras atividades.

Sendo assim, quando os suplentes assumem o exercício da atividade parlamentar, participam dos assuntos de maior importância nacional, sem receberem qualquer voto, sem qualquer limite de tempo, o único parâmetro é o tempo que resta ao mandato do titular.

Consoante a um estudo de Neiva e Izumi, o estimado é que mais de 16% dos votos dados no plenário sejam dos suplentes:

“Estima-se que os suplentes responderam por mais de 16% dos votos dados no plenário do Senado no período posterior à Constituição de 1988. Em

alguns momentos, a sua participação ficou próxima à quarta parte da Casa. Ela torna-se mais relevante nas matérias mais conflituosas, em que os votos dos suplentes podem ser decisivos.” (NEIVA; IZUMI, 2012, p. 2)

Logo, embora sejam suplentes, exercitam a atividade legislativa sem qualquer limitação de matéria como se senadores fossem, exprimindo decisões de qualquer assunto do senado. Além do mais, sem apresentarem qualquer experiência política anterior, visto que são pessoas que dificilmente concorrem à cargos políticos, não necessitando da confiança do eleitorado, como já mencionado.

2.6 As vacâncias

Quanto às vacâncias, as mesmas ocorrem pelos motivos de licença médica, cassação, renúncia e, inclusive, interesses particulares dos senadores.

Assim como a grande parte das renúncias, acontecem porque os senadores optam em assumir outros cargos previstos na Constituição Federal, por exemplo quando aceitam o convite para exercer função em algum dos ministérios. Um desses casos é o de Marina Silva, que iniciou seu exercício como senadora em 02/02/2003 e logo assumiu o cargo no executivo de ministra do Meio Ambiente. Na ocasião a cadeira do senado foi ocupada por Sibá Machado do dia 04/02/2003 até 14/05/2008.

2.7 O critério de escolha para o suplente

No que diz respeito ao critério de escolha adotado pelos senadores quando procuram por seus suplentes, não existe qualquer normatização que o estabeleça. Consequentemente, diante da falta de restrições e perante uma análise das características dos suplentes, chega-se à conclusão de que muitos são os casos em que os suplentes são financiadores de campanhas, familiares e pessoas sem experiência alguma em cargos públicos, sendo possível listar algumas das principais motivações para as escolhas dos suplentes. (NEIVA; IZUMI, 2012)

Uma das motivações são as alianças eleitorais, em que os partidos coligados fazem acordos sobre as vagas da suplência. Segundo o Estadão (26.07.2013), no ano de 2013 dez dos suplentes não faziam parte do mesmo partido dos titulares.

O financiamento de campanhas também é considerado um relevante motivo analisado pelos titulares na escolha de seus suplentes, como já citado anteriormente. Conforme o estudo feito por Neiva e Izumi (2012, p. 6), 1/3 das vagas de suplência no período de 1988 até 2008 eram ocupadas por empresários, o que pode indicar uma possível relação com as características pessoais dos suplentes e os financiamentos das campanhas.

Articulando sobre o assunto, encaixa-se a matéria publicada no jornal Folha de São Paulo (15.01.07), referente à uma declaração do senador Valdir Raupp, sobre ter sido procurado por um empresário que gostaria de comprar o cargo de suplente pelo valor de R\$ 1,5 milhão. Ou seja, é possível vislumbrar até casos em que o lugar no senado federal é objeto de compra e venda.

A outra motivação é a afetiva, sendo muitos os casos que os suplentes escolhidos são membros da própria família do titular. Segundo a revista *Veja* (22.07.98), dos candidatos para o Senado daquele ano, 11 entregaram a suplência para um parente. Como exemplo pode-se citar o ocorrido em 2011, com o suplente Edison Lobão Filho que ocupou a vaga de seu pai, o titular Edison Lobão, que deixou o Senado para assumir o ministério de Minas e Energia.

Ademais, pode ser motivo de escolha a formação de acordos entre os titulares e os suplentes de forma a dividir o mandato de oito anos para que cada um tenha a chance de exercê-lo. Um caso como este foi apresentado por uma matéria da revista *Veja* (03.03.04), a qual retrata um suposto acordo assinado entre o senador Saturnino Braga e seu suplente Carlos Lupi, que teria denunciado o senador por não ter cumprido o acordo.

2.8 A participação dos suplentes no Senado Federal e seus custos

Em levantamento de dados elaborado de acordo com informações do sítio eletrônico do Senado Federal sobre os senadores e suplentes das 54^a e 55^a Legislaturas, as quais compreendem os anos de 2011 a 2019, foi computado o número de 41 senadores suplentes que assumiram mandato em algum momento desse período. Isto é, salvo a computação dos dados daqueles que assumiram o exercício em anos anteriores e ainda estavam em exercício no período da pesquisa, das 81 cadeiras do senado, 41 foram assumidas por suplentes, resultando em aproximadamente 50,6%.

Atualmente, existem três suplentes ocupando cadeiras no Senado: Mailza Gomes (PP), Jean Paul Terra Prates (PT) e Luiz do Carmo (MDB).

Os três iniciaram o exercício em 2019 originando até o presente momento as despesas de R\$ 717.875,30, R\$ 582.162,65 e R\$ 389.651,67, respectivamente. Essas despesas equivalem às cotas para o exercício da atividade parlamentar, que por sua vez consistem em valores gastos com aluguel de imóveis para escritório político, locomoção, hospedagens e combustíveis, divulgação da atividade parlamentar, passagens de transporte, serviços de segurança privada, entre outras. Some-se a isso a remuneração pertinente ao exercício parlamentar e a ajuda de custo, que visa suprir as despesas com o transporte e a mudança, concedida aos suplentes no início e no fim do exercício no senado.

Evidentemente, os dispêndios com os senadores são vultosos, sobretudo quando são verificados aqueles direcionados aos suplentes, os “senadores sem votos”. A propósito, destaca-se o caso do senador suplente Gilberto Piselo, que esteve no senado por apenas 6 dias e recebeu ajuda de custo no montante de R\$ 33.763,00, remuneração pelo exercício no senado na quantia de R\$ 7.798,94 e R\$ 3.923,04 em passagens aéreas, totalizando R\$ 45.484,98. Em seguida, assumiu o segundo suplente, Pastor Valadares, que recebeu duas ajudas de custo, auxílio moradia por três meses, R\$ 109.588,27 de cota para o exercício da atividade parlamentar, além da remuneração da atividade parlamentar.

Isto corrobora ainda mais para que o assunto seja matéria de indagação por todos

da sociedade em busca de soluções.

2.9 O método de Suplência na Câmara Alta de outros países

Dentre os países com Câmara Alta no mundo, é possível a figura do senador sem voto em 31 das 77 Câmaras Altas, conforme os dados revelados por Neiva e Izumi (2012, p. 3). No entanto, aqui refere-se a países parlamentaristas ou semipresidencialistas.

Nos países presidencialistas e democráticos, nos quais a Câmara Alta ostenta mais poderes em comparação aos países parlamentaristas ou semipresidencialistas os números apresentam que

18 dos 26 países onde os titulares são escolhidos pelo voto direto, os suplentes também o são, na mesma época, por meio da convocação de nova eleição ou na próxima eleição previamente agendada. (NEIVA; IZUMI, 2012, p. 3)

Posto isso, a seguir o presente analisou constituições de países presidencialistas que apresentam maneiras distintas de estabelecer os suplentes dos senadores.

Na Argentina, as vacâncias são resolvidas por meio de eleição imediata de um novo senador feita pelo governo que a vaga corresponde. Já no México, os suplentes são determinados pelo partido político e a eleição segue a representação proporcional. Na Constituição do Paraguai, identifica-se a eleição direta dos titulares e dos suplentes pelo povo na mesma época.

A República Dominicana determina que a Câmara do Senado escolherá o seu substituto com base em uma lista apresentada pelo partido do senador que deixou o cargo. Ademais, a Constituição da República Dominicana deixa claro que os cargos de senadores ou deputados são incompatíveis com qualquer outra função pública ou emprego, salvo a atividade docente. Essa característica demonstra o respeito ao princípio da separação dos poderes, certamente não observado no Senado Brasileiro, em que os senadores acumulam suas funções: são possibilitados de assumirem cargos no executivo e não perderem suas cadeiras no Senado, pelo contrário: exercerem, por meio do suplente, sua atividade no legislativo.

Dos países que foram analisados, é possível concluir que diversas são as formas de sanar os impasses da suplência no Senado Federal, sendo ideal uma solução que se baseie no método utilizado pelo Paraguai, uma vez que a nova eleição geraria muitos custos eleitorais e a escolha pelo próprio senado com base em uma lista concedida pelo partido ainda poderia abrir brechas para algumas das mesmas objeções ao método atual, como ao fato de a população não ter conhecimento de quem a representa.

2.10 Possíveis soluções já apresentadas

No que se refere a algumas das possíveis soluções, podemos citar as Propostas de Emenda à Constituição (PEC'S) elaboradas visando modificar o texto constitucional ou Projetos de Lei, para que sejam sanadas as questões apresentadas, como a falta de

informação aos cidadãos acerca dos suplentes que substituem os titulares em casos de vacâncias temporárias ou definitivas, ou ainda sobre a relação que esses suplentes possuem com os respectivos senadores, questões estas que implicam na falta de legitimidade do poder nas mãos dos suplentes.

É imprescindível a análise de algumas das PEC'S referentes ao tema, como maneira de elucidar e averiguar possíveis soluções para este impasse. Assim sendo, foram selecionadas três PEC'S e um Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) que foram estudados e desenvolvidos como alternativas por senadores.

Adiante, serão ponderadas e debatidas as referidas Propostas de Emenda à Constituição e o Projeto de Lei do Senado Federal, considerando suas eventuais incompatibilidades com o ordenamento jurídico.

A PEC 39/2014, introduz um novo parágrafo ao artigo 46º da Constituição Federal, com intuito de estabelecer a eleição por meio do voto direto dos senadores suplentes na forma da lei. No entanto, careceu de análise diante do arquivamento ao final da legislatura, de acordo com o artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF).

Já a PEC 48/2014, que igualmente foi arquivada por força do artigo 332 do RISF, propõe alteração do artigo 46 da Constituição Federal para estabelecer a eleição em separado dos senadores e suplentes, ainda que o procedimento ocasione na eleição de um suplente de partido distinto, pois deveria prevalecer o princípio majoritário também para os suplentes. Ademais, a modificação também abrange a quantidade de suplentes, determinando um suplente para cada senador.

Em relação a PEC 20/2015, única que continua em tramitação - aguardando a emissão do relatório, há prescrição de modificação do parágrafo 3º do artigo 46 da Constituição Federal para que sejam reduzidos os suplentes de senadores de dois para um. Além disso, acrescenta um 4º parágrafo, o qual impede a nomeação de suplente que seja cônjuge, companheiro ou parente, seja consanguíneo, afim ou adotado do titular.

No que tange ao Projeto de Lei do Senado (PLS) 41/2011, consiste na alteração dos artigos 83, 91, 94, 178 e 202 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral) objetivando a mudança no método de eleição dos suplentes, de forma que os candidatos que não foram eleitos na votação para titular, sejam considerados suplentes dos Senadores na ordem da votação recebida, em número de dois para cada titular. Supracitado Projeto de Lei também foi arquivado ao final da legislatura pelo artigo 332, §1º do Regimento Interno do Senado Federal.

Expostas as possíveis soluções, há que se falar que, ao passo que as mudanças são imperativas nessa área, se exprime que nem todas as mudanças são tão benéficas ou adequadas. Na ocasião em que a PEC 20/2015, em tramitação, é analisada, identifica-se que a sua proposta não coloca aos cidadãos o pleno exercício da democracia. O que se faz na proposta é apenas limitar os privilégios em decorrência da preservação dos interesses particulares dos titulares sobre o interesse público e reduzir os gastos das verbas públicas.

Uma vez que não há votação e não há conhecimento do público sobre quem pode ser seu representante, não existe o exercício da soberania popular, por conseguinte, não há o ideal democrático. Não se diz que seja escusável a limitação de privilégios e dos gastos exacerbados do dinheiro público, pelo contrário. O que se pretende aqui é demonstrar que além disso, existe uma forma de governo estabelecida pela Carta Magna que não deve ser esquecida.

Isto posto, as outras PEC's ou o PLS demonstram soluções mais assertivas, embora com algumas observações. Quanto à PEC 39/2014, observa-se que não foi muito específica, deixando a regulamentação para lei diversa. O PLS 41/2011 apresenta uma ideia interessante: ainda que não estabeleça a votação exclusiva para os senadores suplentes, possibilita o exercício concreto da soberania popular, já que necessária a campanha eleitoral para que seja alcançada a vaga de suplente. Entretanto, não reduz o número de suplentes para cada titular. Já a PEC 48/2014 salienta uma solução mais eficaz, vez que apresentou a eleição em separado dos suplentes pelos cidadãos e reduziu o número de suplentes de dois para um.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verifica-se que a designação do método “Chapa Única” pela Constituição Federal de 1988 como maneira de incluir a figura do suplente para suprir as vacâncias acaba por manifestar verdadeira incongruência com todo o ordenamento jurídico, já que este está fundado no princípio da Democracia.

Por sua vez, o conceito de democracia é apreciado e considerado um processo que está em constante evolução com o percorrer do tempo, da cultura e de suas sociedades. Com a observação dos conceitos apresentados por renomados filósofos se atinge o essencial democrático, que é pautado na soberania popular e tem como finalidade um Estado que esteja sempre aperfeiçoando sua maneira de governo no sentido de priorizar a vontade soberana do povo. Diante da impossibilidade do exercício da democracia em sua forma pura, a democracia representativa é o meio mais adequado para alcançar esses objetivos. Sendo assim, a ausência de voto para os suplentes e principalmente a falta de conhecimento do eleitorado sobre quem serão seus representantes em caso de vacâncias desclassificam o exercício da democracia, o que provoca um retrocesso em todas as áreas filosófico-políticas e jurídicas.

Consequentemente, o poder para representar o povo supostamente adquirido no momento que um suplente substitui o parlamentar eleito é ilegítimo, já que, em realidade, não existiu qualquer concessão do poder através do voto para que o suplente exercesse referida representação.

A situação debatida é utilizada por muitos de maneira a possibilitar o proveito de interesses particulares em detrimento dos interesses públicos, desviando a finalidade

principal de um Estado Democrático.

Os dados apontam que não bastasse os familiares, os financiadores de campanha, as coligações políticas, os acordos de mandatos e a total irresponsabilidade com as verbas públicas, os números de matérias importantes que podem ser decididas pelos “senadores sem voto” são seriamente expressivos, sobretudo quando se leva em conta que grande parte dos suplentes nunca exerceu qualquer atividade política.

Em conclusão, por efeito da análise de ordenamentos jurídicos diversos e de outras sugestões de reformulação da suplência do senado, esta pesquisa elenca como solução mais adequada para reavivar a democracia expressa na Constituição a sua própria reforma com vistas a implementar a eleição direta para os suplentes do Senado, o que se assemelha ao ordenamento jurídico do Paraguai e apoia a arquivada PEC 48/2014.

APOIO

PIBIC Mackenzie.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Constituição (1994). Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2019

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 nov. 2019

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Presidência da República, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 22 nov. 2019

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 24 nov. 2019

BRASIL. Decreto-Lei 1.543, de 15.04.77. Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1543.htm. Acesso em: 26 nov. 2019

BRASIL. Resolução nº 22.995, de 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2008/AC-RES229952008.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir Editora Ltda, 1999. Tradução por Lydia Cristina.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**: Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRAKOVICS, Fernanda. Suplentes doaram para a campanha de 15 senadores. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 jan. 2007. Brasil, A6.

LOCKE, John. **Os pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril S.A Cultural, 1983.

MÉXICO. Constituição (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2020

NEIVA, Pedro. Os determinantes da existência e dos poderes das câmaras altas: federalismo ou presidencialismo? *Dados*, v.49, n.2, 2006. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/218/21849202.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2019

NEIVA, Pedro; IZUMI, Mauricio. Os sem-voto do Legislativo brasileiro: quem são os senadores suplentes e quais os seus impactos sobre o processo legislativo. *Opin. Pública*, Campinas, v. 18, n. 1, Junho 2012. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000100001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 09 nov. 2019

OS parentes suplentes. *Veja*. n. 9 p. 38-41, Ed. Abril, 22 jul. 1998.

PARAGUAI. Constituição (1992). Constitución de la República del Paraguay. Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/py_3054.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020

REPÚBLICA DOMINICANA. Constituição (2015) Constitución de la República Dominicana. Asamblea Nacional. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do070es.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e Discurso sobre a economia política**. São Paulo: Hermus, sem data (sd). Tradução por Marcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Os pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril S.A Cultural, 1983. Tradução por Editora Globo S.A Porto Alegre.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIEIRA, Victor. Sete suplentes estão no Senado há mais tempo que seus titulares. *Estadão*. São Paulo, 27 ago 2013. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sete-suplentes-estao-no-senado-ha-mais-tempo-que-seus-titulares,1057706>. Acesso em: 16 dez. 2019

WEINBERG, Monica. Agora o problema é seu. *Veja*. n. 29 p. 48-49, Ed. Abril, 03 mar. 2004.

CAPÍTULO 8

DIREITO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE ACERCA DAS LEIS DE INCENTIVO E SEUS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 06/05/2021

Luis Guilherme Costa Berti

Faculdade de Direito da Alta Paulista
Tupã - SP

<http://lattes.cnpq.br/2134536791685329>

RESUMO: O direito à cultura, devidamente tipificado na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, figura com o status de direito fundamental. Cabe ressaltar a incumbência Estatal em ofertar ações positivas, tendo em vista a propositura de políticas públicas. O presente artigo, conta ainda, com análise sobre a historicidade das políticas públicas, assim como a análise dos instrumentos de fomento à cultura em território nacional. Dito isto, o artigo propõe-se a esmiuçar as legislações preventivas. Desse modo, o estudo sustenta-se no direito à cultura que reveste-se com o caráter de direito humano, mais precisamente, contemplado no rol dos direitos humanos de 2ª geração. Pois bem, no que toca a metodologia, o trabalho fora germinado a partir de minucioso estudo bibliográfico, bem como de avaliação detalhada de variadas posições doutrinárias acerca dos mecanismos de incentivo e a matéria do direito cultural como garantia constitucional. Ante o exposto, o presente estudo lança luz no conceito de direito cultural em consonância com o advertido no texto Constitucional, bem como nos Tratados de âmbito internacional. Faz-se

oportuno discorrer que a pesquisa é frutífera no que tange a compreensão acerca das legislações e normativos que fomentam a realização do direito cultural. Nessa esteira, o trabalho discorre acerca dos meios pelos quais é garantido o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, assim como ao fomento e a difusão das manifestações culturais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais, Direitos Culturais, Direitos Humanos.

CULTURAL LAW AS A FUNDAMENTAL LAW: ANALYSIS ABOUT INCENTIVE LAWS AND THEIR CONSTITUTIONAL PARAMETERS

ABSTRACT: The right to culture, duly typified in the Federal Constitution of 1988, in its articles 215 and 216, has the status of a fundamental right. It is worth mentioning the State's mandate to offer positive actions, with a view to proposing public policies. This article also includes an analysis of the historicity of public policies, as well as an analysis of the instruments for fostering culture in the national territory. That said, the article proposes to scrutinize preventive legislation. In this way, the study is based on the right to culture, which is covered by the human right, more precisely, included in the list of 2nd generation human rights. Well, as far as the methodology is concerned, the work had been germinated from a thorough bibliographic study, as well as from a detailed assessment of various doctrinal positions regarding incentive mechanisms and the matter of cultural law as a constitutional guarantee. In view of the above, the present study sheds light on the concept of cultural law in line with what

was warned in the Constitutional text, as well as in the international treaties. It is opportune to say that research is fruitful in terms of understanding the laws and regulations that promote the realization of cultural law. In this context, the work discusses the means by which the full exercise of cultural rights and access to sources of national culture is guaranteed, as well as the promotion and dissemination of cultural manifestations.

KEYWORDS: Fundamental Rights, Cultural Rights, Human Rights.

1 | INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa elucidar o direito à cultura a partir do prisma constitucional, bem como a relação acerca do direito cultural com os mecanismos que tutelam o incentivo à cultura, identificados nas políticas culturais.

A abordagem de tal temática faz-se pertinente em razão da escassez doutrinária sobre a temática. Entrementes, a necessidade da acessibilidade a cultura e a preservação a sua memória é um conteúdo pertinente ao universo jurídico, haja vista a atuação da cultura em diversos âmbitos do Direito. Trago à baila áreas que se comunicam com a cultura; direitos autorais, direitos humanos, direitos fundamentais, sendo todas facetas do direito em que a cultura pode ser aplicada.

Em razão disso, faz-se relevante lançar luz na problemática que sustentará o estudo: com fulcro na Constituição, de qual modo delinear o conceito de direito cultural, tendo em vista que a Carta Magna os menciona, todavia não os elenca, deixando margem para livre tipificação e necessidade de abordagem teórica. O estudo também traz à tona a atribuição do Estado em estimular e proteger a cultura através das políticas culturais, versando acerca do vínculo da Constituição para com as referidas políticas.

A cultura é o sustentáculo da constituição, sendo local do qual emana os direitos fundamentais culturais. Posto isto, propõe-se como hipótese a ser analisada no decorrer do estudo, a função Estatal de estimular progressivamente a criação cultural, tal como proteger o patrimônio cultural, tanto material quanto imaterial. O reconhecimento dos direitos culturais como fundamentais é imprescindível para a efetivação das garantias a fim da devida proteção e realização de seu eficaz cumprimento. Ante todo o exposto, é conveniente enfatizar que os direitos culturais assim que efetivados mostram-se assegurados com as garantias constitucionais.

Posto isto, é de suma importância parafrasear o texto Constitucional, no qual determina e garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, bem como o incentivo a valorização e a difusão das manifestações culturais. Verifica-se também a indispensabilidade em discorrer sobre a temática, tendo em vista as frequentes atualizações nas leis de mecenato, fazendo-se notar pelas leis de incentivo fiscal (vide Lei Rouanet) e sendo conveniente o parecer jurídico acerca dessa situação.

O presente artigo tem como objetivo principal a explanação e a dilucidação da

tipificação de direitos culturais aludidos na Constituição e nela incitados, assim como a noção e a exposição de suas categorias. A pesquisa será efetuada através de uma análise sistemática de diversos posicionamentos teóricos acerca dos mecanismos de incentivo e a matéria do direito cultural efetivado como garantia constitucional.

Em seu sentido restrito o trabalho propõe-se: apresentar a percepção de direitos culturais contidos na Constituição, em Tratados e legislações específicas; esclarecer, identificar e debater os conceitos de cultura, alinhando-os com o texto Constitucional; analisar as obras doutrinárias, seus mecanismos de incentivo, bem como seu cabedal histórico, a efetivação de direitos, ratificando ou refutando a hipótese do estudo.

No tocante ao método, a pesquisa há de ser elaborada por intermédio de agrupamento e apuração criteriosa de obras que pautem a temática, utilizando de artigos científicos, doutrinas bibliográficas, legislações, publicações em revistas que operarão como fator norteador para o desenvolvimento do estudo.

O primeiro capítulo traz à tona o conceito de cultura, apreciando suas definições diversas no percurso dos anos. Em sequência o estudo dedica-se na compreensão e explanação acerca dos mecanismos de incentivo à cultura, ao efetuar uma investigação sobre o funcionamento de sua estruturação, bem como na legislação que aborda o assunto, resultando na efetiva acessibilidade das fontes culturais.

Ademais, há de ser examinado os órgãos regulamentadores da cultura. No capítulo sucessor, os direitos culturais serão contemplados como direitos fundamentais. Outrossim, far-se-á o exame do conceito deste direito garantido, trazendo à baila o que é versado na Constituição Federal e nos normativos que aludam sobre à cultura, para que sejam efetivamente garantidas, consumadas e preservadas a pluralidade das manifestações culturais, definindo as políticas culturais como orientadoras do Estado para a acessibilidade e disseminação aos planos eficazes de incentivos à cultura.

Isto posto, mostra-se primordial o progresso do presente estudo em virtude da iminência de análises jurídicas acerca do assunto, como também se demonstra indispensável a compreensão plena da responsabilidade Estatal em incentivar, apoiar e propiciar as diversas formas de manifestações culturais.

2 | INCENTIVO À CULTURA E SUA ESTRUTURAÇÃO

2.1 Conceito de cultura

É sabido que a etimologia do vocábulo cultura, origina-se na língua latina, na qual ao empregar-se o verbo *colere*, o sentido de cultivo, proteção, zelo, culto e veneração era expressado.

Em decorrência do transcorrer das eras o sentido de cultura fora sendo lapidado concomitantemente com a mutação e progresso humano.

Ante ao exposto, deve-se salientar que a cultura é toda e qualquer produção de um povo, sendo intelectual, simbólica, material ou imaterial. Portanto, admite-se o significado de cultura manifestado pela filósofa e escritora Marilena Chauí (2006, p. 131):

Em sentido amplo a cultura passa a ser entendida como criação coletiva da linguagem, religião, dos instrumentos de trabalho, das formas de habitação, vestuário e culinária, música, das manifestações de lazer, da música, da dança, da pintura e escultura dos valores e regras de conduta, dos sistemas de relações sociais, particularmente os sistemas de parentescos e as relações de poder. (CHAUÍ, 2006, p.131) .

À vista disso, é fundamental clarear a proposição cerne do presente artigo: o reconhecimento dos direitos culturais como direitos fundamentais.

É inerente aos direitos fundamentais a existência dos direitos culturais. Para tanto, a Declaração dos Direitos Humanos assevera em seu texto legal que para a consumação da dignidade da pessoa humana faz-se imprescindível o gozo das manifestações artísticas, a integração ao avanço científico tal qual a contribuição social para cultura.

A proteção jurídica para com o desenvolvimento cultural faz-se indispensável. Todavia, nem toda forma de manifestação poderá ser tutelada. Portanto, é atribuído ao Direito, a incumbência de protegê-la e delinear a em sua seara, uma vez que trata-se de manifestos e expressões humanas. Isto posto, o ínclito doutrinador Cunha Filho (2004, p.34 e 49), discorre acerca da temática:

[...] cultura para o mundo jurídico é a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos [...] a cultura é identificada precisamente por suas manifestações; se a norma menciona que todas as manifestações humanas relacionadas à identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira compõem o patrimônio cultural do país, e se, para além disso, nada mais pode ser vislumbrado como cultura, de fato o que o legislador fez foi simultaneamente definir patrimônio cultural e cultura para a seara jurídica do Brasil.

A tutela aos direitos culturais implica tanto na esfera nacional quanto internacional. A Constituição Federal de 1988 atenta-se para tal temática, sendo a matéria subsequente posta em averiguação no presente ensaio.

2.2 Tipificação constitucional da cultura

É sabido que a Carta Magna estabelece termos específicos no que alude a cultura como direito fundamental.

Desse modo, insta salientar que a Tipificação Constitucional utiliza como alicerce o reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, Francisco Humberto Cunha Filho aprimora o conceito de direito cultural em que utiliza de fundamento o princípio da dignidade humana, o qual exporemos:

Direitos Culturais são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana (CUNHA, FILHO, 2000, p. 34).

Isto posto, sabe-se que os direitos culturais se alinham aos fundamentais.

Direitos fundamentais remonta-se as situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e as vezes nem mesmo sobrevive fundamentais do homem no sentido de que, a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2011, p. 178).

Ademais no que diz respeito aos direitos fundamentais, faz-se necessário discorrer acerca de suas características (o presente ensaio apreciará as características dos direitos fundamentais em um capítulo futuro). Tais direitos revestem-se de caráter histórico, inalienável, imprescritível e irrenunciável. Enquanto históricos, tais direitos são oriundos de façanhas e marcos essenciais para o desenvolvimento humano; sendo inegociável, intransferível, assim como, inalienável; como também traça-se do manto da imprescritibilidade, quando não há prazo para deixar de ser exercido, tampouco havendo possibilidade de renúncia.

A simetria entre os direitos culturais e os fundamentais norteiam o presente trabalho. A inserção dos direitos fundamentais na Constituição de um Estado e a destinação de uma seção para o mesmo são arguições suficientes para exprimir a relevância da análise. Como ministra Jorge Miranda (2003, p. 83), a Carta Magna tem como sustentáculo os costumes, condições socioeconômicas, atitudes, crenças de uma respectiva sociedade, atuando como princípio gerador organizacional, ordenando acerca dos indispensáveis comportamentos, direitos e deveres, com fito na asseguuração harmônica da vida coletiva, esmerando em prol da dignidade de cada ser.

Segundo José Afonso da Silva, o Estado brasileiro ao inserir em seu texto o artigo 215 da CF/88, chancela os seguintes direitos:

a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica b) direito a criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas c) direito de acesso às fontes de cultura; d) direito de difusão das manifestações culturais; e) direito de proteção às manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público. (SILVA, 2001, p. 51-52)

Compreende-se que o texto do artigo 215 expõe os princípios em sentido lato, em contrapartida os desígnios do artigo 216 são estreitos, apontando objetivos definidos, sendo assim, ações específicas de políticas públicas, figurando o princípio gerador da inserção social nas políticas culturais. Não obsta, frisar que o artigo se revela de modo genérico, ou

melhor, sem apresentar um inventário demarcando quais são os direitos culturais, todavia incumbindo ao Estado a responsabilidade acerca de ações positivas para a concretização de tais direitos fundamentais.

No que tange a cultura e a Constituição Federal é sabido que a temática é disposta não apenas na seção em que é destinada diretamente, todavia o texto constitucional em sua íntegra deve ser posto em averiguação para a efetiva compreensão da temática. A priori a cultura figura em âmbito fundamental tal como implica nas esferas dos direitos econômicos e sociais.

Cabe aos estados o efetivo amparo aos municípios a fim da promoção de eventos que preservem os patrimônios-históricos culturais locais, tal como adverte o artigo 30 do inciso IX da Constituição Federal.

2.3 Legislações preventivas

Os mecanismos de incentivo são um agrupamento de políticas públicas que tem por escopo a solidificação da cultura nacional. Para tanto, fora sancionado em território brasileiro a Lei Rouanet que dispõe de três medidas para a consumação dos propósitos legais, “Fundo Nacional da Cultura - FNC; os Fundos de Investimento Cultural e Artístico - FICART; e o Incentivo a projetos culturais, mais conhecido como MECENATO” (CUNHA FILHO, 2003, p. 146).

Isto é, a União concede a pessoas físicas ou jurídicas, o direito de escolher projetos culturais a fim da efetuação de patrocínios, ofertando-lhes o benefício fiscal, variando conforme a espécie de contribuição.

Contudo, sabe-se que tais incentivos são realizados por intermédio da contabilização do devido imposto, tanto por empresa, desde que tributada com margem no lucro real, quanto na pessoa física, devendo ser declarada o imposto de renda em fulcro com o ISS (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Serviço).

A Lei de Incentivo a Cultura é engendrada por Paulo Roberto Rouanet com fito na promoção e resguardo da cultura através do mecenato. Antes da compreensão deste mecanismo, faz-se relevante compreender a ideia de mecenato. Observa-se que o mecenato é uma ampliação de recursos através dos incentivos fiscais culminando em um fomento indireto. A história revela que o mecenato tem sua gênese no Império Romano em que havia a aproximação e financiamento – do mecenas para com o artista -, na elaboração de suas obras. Nos dias que correm, tais leis referem-se ao patrocínio ou doação parcial do Imposto de Renda de pessoas físicas ou jurídicas (6% no que tange a pessoas físicas e 4% nas pessoas jurídicas) a fim de prestação de apoio a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou jurídicas e aprovados pela Comissão Nacional de Incentivo à Cultura – CNIC.

No que diz respeito a doação e patrocínio faz-se relevante pontuarmos a diferença. Na doação, o investimento empregado é efetuado por uma entidade sem fins lucrativos, que

não vislumbra a ação de marketing, na contramão, o patrocínio diz respeito ao investimento realizado por intermédio de uma empresa com ou sem fins lucrativos.

O doutrinador Fábio de Sá Cesnik (2007, p. 37), lança luz nessa temática a qual aqui exporemos:

Patrocínio é aplicação de recursos de um patrocinador buscando retorno de marketing.(...) Para fins tributários também seu enquadramento para recolhimento ao fisco é diferenciado em relação a doação (...) a doação, por seu turno não reverte em marketing para o patrocinador, que não pode fazer publicidade paga do patrocinado, não tendo nada que vede a menção à marca no produto incentivado. Também existem benefícios em termos do imposto investido.

A Lei Rouanet (Lei 8.313) elaborou o Projeto Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) com o fito de fomentar a produção, a distribuição e a maior acessibilidade aos projetos culturais

Assim, a Lei Rouanet dispõe de três medidas a fim de garantir a efetivação legal. São estas: o Fundo Nacional da Cultura – FNC, Fundo de Investimento Cultural e Artístico e Incentivo de Projetos Culturais. Sendo inexistente qualquer hierarquia nas manifestações culturais.

a) Fundo Nacional da Cultural – FNC: Trata-se de fundo de caráter contábil que é estruturado com normas de apoio a fundo perdido ou empréstimos passíveis de ressarcimento. A gênese de tal fundo dá-se na necessidade estatal em dar cabo a efetivação do direito à cultura, tendo em seus recursos o escopo exclusivo da execução de projetos, ações ou programas culturais.

O FNC é responsável pelo financiamento de 80% (oitenta por cento) do custo integral do projeto admitido pelo Ministério da Cultura, enquanto ao proponente recairá a responsabilidade de custear o valor restante da proposta mediante efetivação de aporte financeiro, bens ou serviços ou prova documental que assegure a capacitação do financiamento por intermédio de outra fonte de renda identificada.

b) Incentivo Fiscal: É o mecanismo mais utilizado na Lei Rouanet, que reveste-se do escopo de estimular o incentivo à cultura por intermédio da iniciativa privada. Observa-se neste mecanismo as pessoas físicas podem deduzir 6% do imposto devido enquanto as pessoas jurídicas deduzem valor estimado de 4%. Haja vista, que empresas declaradas no lucro real, bem como as pessoas físicas que declarem imposto de renda poderão gozar de tal mecanismo. Para fins de explicação, as empresas se abstêm do valor de seus impostos, no qual parte há de ser destinado a cultura, sendo descontado na quantia total do imposto de renda.

c) Fundo de Investimento Cultural e Artístico – Ficart: Refere-se aos recursos, sem caráter jurídico, obtidos por intermédio de cotas, a fim de produzir a efetuação de culturais e artísticos. Para tanto, os projetos deverão conciliar com os propósitos, descritos nos artigos 1º e 2º da Lei Rouanet.

Faz-se oportuno salientar a Lei do Audiovisual (Lei Federal de 8.653/93, de 20 de julho de 1993), que tem como escopo o incentivo na produção cinematográfica e elaborações congêneres. Para tal, subsistem três mecanismos e um patrocínio, as quais são realizadas através da renúncia do imposto fiscal.

2.3.1 Lei Aldir 14.017 (Lei Aldir Blanc)

No que tange ainda aos dispositivos legais, faz-se digno ressaltar a Lei nº 14.017, de 29 de junho de 2020 (Lei Aldir Blanc): pacote de 6 (seis) bilhões destinados a cultura com auxílio de R\$ 600,00 para artistas informais. Isto é, referem-se aos auxílios a artistas e organizações culturais que perderam receita em virtude do novo coronavírus (COVID-19).

Compreende-se requisitos para a requisição do auxílio: ter trabalhado ou atuado socialmente na área artística nos 24 meses anteriores à data da publicação da lei; não ter emprego formal; não receber outro benefício previdenciário ou assistencial, seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal (salvo o Bolsa Família); ter renda familiar mensal de até meio salário-mínimo por pessoa ou total de até três salários-mínimos; não ter recebido mais de R\$ 28.559,70 em 2018; não receber auxílio emergencial.

2.3.2 Patrimônio Cultural

Ao apreciar o artigo 216 da Constituição, é compreendida a significância de patrimônio cultural brasileiro. Trata-se de um conjunto de bens, materiais ou imateriais que dizem respeito a edificação histórica, social e intelectual da União, Estados e Municípios.

3 | DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

São os direitos fundamentais subjetivos com a aplicabilidade nas relações humanas do cidadão para com o Estado, quando positivados na Constituição ou em normativos infraconstitucionais. Posto isto, os direitos fundamentais enquadram-se no conjunto de prerrogativas que concretiza os ideais de liberdade, igualdade e dignidade, não limitando-se na letra fria da lei expressa na Constituição Federal, todavia, aludem a todos os direitos que conferem aos indivíduos qualidade de vida digna e a efetivação do bem-estar social.

Cabe salientar que são titulares dos direitos fundamentais, quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, independentemente de sua capacidade intelectual. Entretanto, os supraditos titulares, revestem-se do direito de reivindicar junto ao Estado, ações para o cumprimento de ações que beneficiem os cidadãos bem como a fiscalização para que do Estado respeite seus limites, visando a liberdade social.

3.1 Teorias acerca da gênese dos direitos fundamentais

Conforme adverte a doutrina realista, encabeçada por Norberto Bobbio, engendrada a partir do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 (ONU), os

direitos humanos devem ser efetivados em virtude da atuação Estatal. Por outra ótica, a corrente jusnaturalista adverte que os direitos humanos são inerentes a condição do ser humano, existindo independente da positivação em ordenamentos jurídicos, revestindo-se de natureza principiológica, valorativa e normativa de validade universal. Por consequência, há o Positivismo Jurídico, no qual versa que os direitos fundamentais são aqueles considerados básicos na norma constitucional, bem como tendo sua validade a partir da positivação no normativo interno.

3.2 Gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são comumente subdivididos em três gerações. A primeira, diz respeito aos direitos aludidos ao ideal da Revolução Francesa - Liberdade, Igualdade e Fraternidade -, a liberdade é entendida como a não interferência Estatal acerca das relações e ações individuais. À vista disso, os supracitados direitos têm por escopo defender o indivíduo de um Estado abusivo e ditatorial.

O ínclito Constitucionalista, Pedro Lenza, discorre sobre o tema:

Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade. (LENZA, 2018, p. 1084)

Em seguida, surgem os Direitos Fundamentais de segunda geração. Nesta situação, recai ao Estado a incumbência da garantia e concretização de tais direitos. A segunda geração refere-se a igualdade material entre os indivíduos da sociedade. Compreende-se como direitos fundamentais de segunda geração: saúde, assistência social, cultura, educação, previdência social dentre outros que são de responsabilidade Estadual a eficaz efetivação.

Em relação aos direitos fundamentais de terceira geração, observa-se os ideais de solidariedade e fraternidade. Dito isto, estes direitos tutelam os interesses de coletividade, sendo considerados transindividuais, transcendendo o interesse particular, sendo composto de natureza humanista. São exemplos destes: direitos ao desenvolvimento, direito ao meio-ambiente, comunicação, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, entre outros.

Em virtude do dinamismo do direito em detrimento com o caminhar do tempo, hodiernamente, há a concepção de direitos fundamentais de quarta e quinta geração. Além do mais, salienta-se que em virtude do valor indivisível e interdependentes dos direitos fundamentais, é inexistente qualquer hierarquia ou supressão de tais direitos.

3.2.1 Características dos Direitos Fundamentais

Trazendo à baila as características dos direitos fundamentais, em fulcro com

a doutrina de Alexandre de Moraes, é contemplado: imprescritibilidade (os direitos fundamentais não se extinguem com o transcorrer do tempo); inalienabilidade (não há meios para a transferência dos direitos fundamentais a outrem); irrenunciabilidade (os direitos fundamentais não podem ser renunciados); inviolabilidade (não há possibilidade para a violação infraconstitucionais ou por atos de autoridades públicas); universalidade (devem abarcar a quaisquer pessoas, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica); efetividade (o Poder público terá como fito a concretização dos direitos fundamentais); interdependência (apesar de autônomas, as previsões constitucionais possuem diversas intersecções para alcançarem seus objetivos); complementaridade (a fim de alcançar o primordial objetivo, os princípios deverão ser interpretados de forma conjunta) e; relatividade (em suma, os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluta).

3.2.2 *Direitos Humanos Culturais*

É valioso acrescentar ao artigo a evolução dos Direitos Humanos. A nomenclatura Direito do Homem (*droits de l'homme*) fora inicialmente alcinhada por Jean Jacques Rousseau, em seu *magnum opus*, O Contrato Social. Todavia, o conceito de direitos humanos não fora definido pelo autor Iluminista, tampouco por seus contemporâneos.

No transcorrer das eras, os Direitos do Homem foram aperfeiçoados e em 1789, houve a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Leciona o doutrinador José Afonso da Silva:

O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso, e escorreito, que em dezessete artigos, proclama os princípios da igualdade, liberdade da propriedade e das legalidades e as garantias individuais liberais que ainda encontra nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e associação que nela desconhecera, firmado que estava em rigorosa concepção individualista. (SILVA, 2011, p. 158)

Faz-se oportuno constar que no curso de 1917, fora celebrada a Constituição Mexicana, considerada a primeira constituição social da história contemporânea, lançando luz e efetivando os direitos sociais, econômicos e culturais.

Constata-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, é a pedra angular para a reconstrução dos direitos humanos, na qual adverte que cada ser humano tem como direito íntinsecos: “à instrução”, “à participação livre na vida cultural da comunidade, na fruição das artes e na colaboração para com o progresso científico e os seus benefícios”, “à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”, além do mais, os direitos culturais gozam da característica da indisponibilidade. Insta salientar, que a supradita Declaração reconhece os direitos culturais como direitos humanos, nos termos dos artigos 17 e 22.

Ainda, no ano de 1948, em âmbito interamericano, fora celebrada a Carta da

Organização dos Estados Americanos, na qual exorta que os Estados Membros deverão comprometer-se para com a preservação e enriquecimento do patrimônio cultural dos povos americanos.

Desta forma, ressalta-se que os direitos culturais figuram-se como fundamentais uma vez positivados em Constituições, Tratados, Convenções e normativas infraconstitucionais.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por intermédio do estudo, observa-se que para a compreensão dos direitos culturais fez-se pertinente debruçar sobre o conceito de cultura, que alude na ideia da produção popular, sendo esta, intelectual, simbólica, material e imaterial, bem como a análise acerca do desenvolvimento histórico social do objeto estudado.

Nesse sentido, para o delineamento da percepção da temática, fez-se necessário compreender o exposto nos artigos 215 e 216 da Carta Magna, em que instrui acerca da conceituação de cultura, bem como o conceito de patrimônio cultural e os instrumentos concebidos por intermédio estatal com o fito de consumir o direito supradito. Saliento que o reconhecimento dos direitos culturais como fundamentais é o fator norteador para a edificação do presente artigo. Desse modo, é incumbido ao Estado a obrigação de tutelar os direitos e dar gênese aos instrumentos que se revestem da finalidade de consumir estes direitos. Assentado isto, é de extrema importância elencar alguns instrumentos utilizados para a consumação dos direitos: tombamento, registro, vigilância, ação popular e o respectivo Órgão Regulamentador.

Ante o exposto, ressalta-se que para a efetiva concretização dos direitos é necessário averiguar a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, “Pacto Internacional dos Direitos Humanos”, “Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais”, bem como realizar a análise do que é advertido na Constituição Federal, tendo em vista a abordagem nacional e internacional.

Em suma, observa-se que os direitos culturais operam no rol dos direitos fundamentais. Tendo em vista que a Constituição Federal, os Tratados Internacionais bem como a Declaração dos Direitos Humanos e normativos congêneres, reservam parte do texto legal a fim de delinear e ofertar diretrizes acerca da temática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

BRASIL. Presidência da República Casa Civil. **Lei nº 8.313, de 23 de Dezembro de 1991**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8313cons.htm>. Acesso em 23 de junho 2020.

CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do Incentivo à Cultura**. 2ª ed. São Paulo: Manole, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania Cultural**: o direito à cultura. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

LENZA, Pedro **Direito constitucional esquematizado**. 22ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MINAS GERAIS. **Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.iepha.mg.gov.br/images/stories/downloads/IPAC/orientacoes-de-vigilancia.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Entidades Vinculadas**. Disponível em <<http://cultura.gov.br/secretaria/entidades-vinculadas/>>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional II**. 5ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2020.

SANTOS, Tânia Maria dos. **Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988**. 1ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Vasco Pereira. **A cultura a que tenho direito**: direitos fundamentais e Cultura. Coimbra: Almedina, 2007.

UNESCO. **Patrimônio Cultural Imaterial**. 2017. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/intangible-heritage/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

MULTICULTURALISMO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À LIBERDADE DE IR E VIR EM FACE DA IMPOSIÇÃO DE UM *DRESS CODE* EM LUGARES PÚBLICOS

Data de aceite: 02/08/2021

Alana Caroline Mossoi

Docente do curso de Direito na Universidade Paranaense, UNIPAR, campus Toledo.
Assessora da Magistratura de 1º Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
<https://orcid.org/0000-0002-8029-2992>
<http://lattes.cnpq.br/6954582852439718>

Tereza Rodrigues Vieira

Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Direito e Medicina na Universidade Paranaense, UNIPAR
Orcid 0000.0003.0333.7074
<http://lattes.cnpq.br/1171420054286283>

RESUMO: O presente artigo realiza algumas reflexões acerca da imposição de um *dress code* (código de vestimenta) nos mais variados locais, como Poder Judiciário, praias, escolas e universidades e objetiva questionar os direitos da vítima violados com a sua instituição. Conclui-se que a coexistência de diversas culturas na mesma sociedade é enriquecedora e contempla o direito à diversidade, portanto, a imposição de um *dress code* inviabiliza o direito à liberdade de ir e vir, bem como a convivência em uma sociedade multicultural e plural. Utilizou-se a revisão bibliográfica a partir do método dedutivo.
PALAVRAS-CHAVE: Direito de ir e vir. Dress code. Liberdade. Multiculturalismo. Pluralismo.

MULTICULTURALISM AND THE VIOLATION OF THE RIGHT TO FREEDOM TO GO AND COME FACE THE IMPOSITION OF A DRESS CODE IN PUBLIC PLACES

ABSTRACT: This article makes some reflections about the imposition of a dress code in the most varied places, such as the Judiciary, beaches, schools and universities and aims to question the victim's rights violated with his institution. It is concluded that the coexistence of different cultures in the same society is enriching and includes the right to diversity, therefore, the imposition of a dress code prevents the right to freedom of coming and going, as well as living in a multicultural and plural society. The bibliographic review was used based on the deductive method.
KEYWORDS: Dress code. Freedom. Multiculturalism. Pluralism. Right to come and go.

1 | INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste artigo é refletir sobre a existência de um *dress code* em determinados locais e questionar os direitos por ele violados. Utilizou-se da revisão bibliográfica a partir do método dedutivo.

Justifica-se, teoricamente, esse estudo na medida em que muitas pessoas sofrem restrições no seu direito de ir, vir e ficar quando são barradas ou proibidas de adentrar ou frequentar determinados locais públicos ou de acesso ao público em razão da sua vestimenta. Não obstante, em nenhum dos locais existe uma

determinação legal nacional que exija a utilização de determinada vestimenta para aquela ocasião.

No primeiro tópico, trata-se do direito à cultura, o qual está previsto no ordenamento jurídico, desde a Constituição de 1934, e no ordenamento jurídico internacional, no qual as pessoas possuem a liberdade de cultivar a sua cultura, como a religiosa ou, até mesmo, a forma de se vestirem.

Já no segundo tópico, cuida-se dos direitos das minorias, entendidos como um grupo que se formou a partir da existência do estado, os quais devem ter o seu direito protegido, na medida em que em muitas situações são vulneráveis, em decorrência da questão social, e de não se encaixarem naquilo que a sociedade cria como padrão.

Posteriormente, serão analisados alguns casos práticos nos quais as pessoas foram proibidas de permanecer ou frequentar determinado local por não estarem vestidas adequadamente, segundo a opinião daqueles que as censuraram. Analisam-se, neste item e no seguinte, os direitos violados em decorrência da necessidade de utilizar determinadas vestes em certas situações.

A partir da pesquisa teórico-bibliográfica, foi possível analisar os direitos violados, partindo-se de casos práticos, em que algumas pessoas tiveram o seu direito violado, dentre eles a liberdade, a igualdade e a cultura, simplesmente por estar em desacordo com um código instituído pela sociedade, composta pela maioria (ou não), que entende não ser a roupa adequada para determinada ocasião.

2 | DIREITO À CULTURA

A Constituição Brasileira de 1934 foi a primeira Constituição a se preocupar com a proteção à cultura e à arte. Referida preocupação estava estampada em seu Título V, o qual era dedicado à disciplina “Da Família, da Educação e da Cultura” e abordava a cultura junto à educação, no segundo capítulo (GUIMARÃES, 2019).

Segundo o art. 148¹, da Carta Magna, era competência de todos os entes favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral.

Na mesma linha de proteção da cultura, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 215, que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional.

Dessa forma, percebe-se que a Constituição de 1988 apresenta consequência parecida com a Carta Magna de 1934. Não obstante, segundo Guimarães (2019), ao invés de criar uma obrigação positiva de amparo à cultura, o art. 215 enfatiza a *obrigação negativa*, ressaltando o papel do Estado como agente facilitador e protetor dos direitos culturais.

¹ Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Assim, o Estado não fornece a cultura em si, mas protege de interferências negativas, buscando evitá-las ou, se for o caso, reprimi-las (GUIMARÃES, 2019). Todavia, o que significa cultura?

A cultura pode ser vista sob dois sentidos. Nas palavras de Reale (2005) o primeiro está mais perto do seu uso comum, quase intuitivo, incorporado à linguagem corrente sem prévia análise crítica de seus pressupostos lógicos e ontológicos. Para essa acepção geral, o vocábulo cultura vincula-se a cada pessoa apontando o acervo de conhecimento e de convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam os seus atos, ou, mais amplamente, o seu comportamento como ser situado na sociedade e no mundo.

Para referido autor, a cultura abrange tudo o que o homem sente, pensa e quer, ou seja, no fundo não é senão a unidade sintética de todos os objetos do conhecimento e das criações da espécie humana. Afirma, ainda, que o ser do homem é, essencialmente, um ser histórico e é essa historicidade que está no âmago do processo cultural, necessariamente, dialético (REALE, 2013).

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO (2002) define, em seu preâmbulo, a cultura como sendo o conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viverem juntos, os sistemas de valores, tradições e as crenças, como por exemplo, a própria vestimenta das pessoas.

Em seu art. 4º, a referida declaração traça a relação entre diversidade cultural e dignidade humana, ao registrar que a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito da dignidade humana (KARAM, 2011).

Dessa forma, tem-se que a cultura é intrínseca a todo homem e não há nenhuma que possa ser considerada superior em relação às demais, na medida em que está vinculada à dignidade da pessoa humana. Além disso, a Constituição Federal preza pela igualdade de todos e, portanto, reconhece os direitos das minorias.

3 | DIREITOS DAS MINORIAS

De acordo com as características que envolvem o contexto de relações maioria-minoria, infere-se que o fenômeno “minorias” só se tornou possível ao longo da história humana com o aparecimento do Estado (MENDES CHAVES, 1971).

O povo, entidade constituinte de um Estado, dificilmente forma uma nacionalidade única, mas sim, uma agregação de diferentes grupos étnicos. Assim, um desses grupos, ao apropriar-se do poder, impõe suas características culturais sobre os outros, reivindicando a representatividade da nação inteira, razão pela qual, os grupos subordinados formam as minorias (MENDES CHAVES, 1971).

Pode-se afirmar que o poder estatal é, pois, o instrumento mais eficiente de que

a maioria, numa sociedade, dispõe para subjugar as minorias integrantes da mesma sociedade (MENDES CHAVES, 1971).

Para Christopoulos (2007), a história das definições de minoria, dentro das organizações internacionais, tem como ponto inicial a afirmação da Corte Permanente de Justiça de que “minorias são um fato da vida” e não uma questão de direito.

Portanto, as minorias podem ser entendidas como:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstram, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação da sua cultura, das suas tradições, religião ou língua (THORNBERRY, 2012, p. 5).

Na literatura sociológica, a palavra minoria tem sido utilizada, frequentemente, em dois sentidos. O primeiro, mais amplo, se refere a um grupo de pessoas que, de algum modo e em algum setor das relações sociais, se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a outro grupo, “maioritário”, ambos integrando uma sociedade mais ampla. As minorias recebem, quase sempre, um tratamento discriminatório por parte da maioria (MENDES CHAVES, 1971). Já no segundo sentido, se refere às denominadas “minorias nacionais”, grupos raciais ou étnicos que, em situação de minoria, cointegram, juntamente com uma maioria, um determinado Estado (MENDES CHAVES, 1971).

Assim, os direitos das minorias são normas que protegem as minorias nacionais nos Estados e constituem direitos adicionais para determinados grupos. Os direitos específicos garantidos às minorias permitir-lhes-ão preservar a sua identidade (THORNBERRY, 2012).

O Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, abordou a proteção das minorias e do conteúdo (mínimo) desse direito humano fundamental, em seu art. 27. Segundo referido artigo, nos casos em que há minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (TAVARES, 2010).

Segundo Christopoulos (2007), o artigo anteriormente mencionado foi, por muitos anos, a única resposta normativa que o direito internacional conseguiu providenciar para as minorias. Este texto constitui a disposição vinculativa mais amplamente aceita para a proteção e promoção das minorias, bem como garante aos membros desses grupos o direito à identidade nacional, étnica, religiosa ou linguística (ou uma combinação destas) e o direito a preservar as características que pretendam manter e desenvolver (THORNBERRY, 2012).

Posteriormente, na Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, o direito à identidade própria (preservação e desenvolvimento) e o direito à igualdade (sem discriminações em

razão da etnia), dentre outros, são ressaltados (TAVARES, 2010).

Hoje, os direitos das minorias constituem uma parte integrante do direito internacional e se encontram estabelecidos em disposições que visam à proteção e promoção das minorias, das suas culturas e de suas tradições (THORNBERRY, 2012).

As pessoas pertencentes a minorias são frequentemente discriminadas porque são vistas como “diferentes” e são tratadas, em situações comparáveis, sem que motivos justifiquem tal ação, de forma menos favorável do que a maioria da população (THORNBERRY, 2012).

Não obstante, os direitos das minorias devem ser assegurados em qualquer ambiente constitucional que invoque igualdade e respeito à dignidade do ser humano. O papel da Justiça Constitucional, como garante a Constituição, passa pela preservação, defesa e efetivação desses direitos (TAVARES, 2010).

Nessa esteira, pode-se afirmar que a Justiça, que é aceita atualmente, é aquela consubstanciada na Constituição, na qual alguns temas devem ficar ressalvados da vontade de maiorias eventuais.

Contudo, há constituições que se formaram em razão não do interesse das minorias, mas sim do interesse geral, o que ocasiona um descrédito da Constituição. Para enfrentar essas situações, o Tribunal Constitucional há de atuar com maior rigor no controle das modificações da Constituição, embora deva fazê-lo, igualmente com maior severidade, quando se trate de mudanças que ameacem a situação ou os direitos de grupos vulneráveis na sociedade, como as minorias. Assim, é possível verificar a importância democrática do Tribunal Constitucional, compreendido como órgão garantidor do cumprimento da Lei Maior, pois é na independência do Poder Judiciário que se encontrará sua principal fonte de legitimidade democrática (TAVARES, 2010).

Nesse sentido, a falta de representatividade, originariamente eletiva por parte do Judiciário, não impede que se admita sua legitimação democrática, já que numa democracia complexa se pretende assegurar não só o governo das maiorias, mas também o respeito a elas, bem como aos direitos e liberdades em geral (TAVARES, 2010).

Diante do que foi exposto, pode-se perceber que a cultura é tudo o que resulta da criação humana, não devendo existir uma cultura superior ou inferior. É preciso levar em conta o relativismo cultural quando esse não prejudica direitos humanos.

Dessa forma, comportamentos não inclusivos forcem a reflexão do denominado *dress code*, sua influência, assim como, suas possíveis consequências sociais e jurídicas.

4 | DRESS CODE: CASOS PRÁTICOS E DIREITOS VIOLADOS

De acordo com as informações já expostas nos tópicos supra, a cultura, direito previsto na Constituição Federal, pode ser verificada em determinados grupos, os quais, na maioria das vezes, são compostos pelas minorias.

Muitos institutos são criados por um determinado grupo de pessoas e atingem apenas uma determinada classe, ou seja, somente algumas pessoas conseguem se adaptar àquela cultura de minorias. Quem não se “encaixa” é desconsiderado para fins sociais. Um exemplo disso é o denominado *dress code*.

O *dress code* é um código de vestimenta que indica a maneira mais adequada para se vestir em determinada ocasião. Seja em eventos sociais, ambientes de trabalho ou mesmo para ir à escola ou faculdade. O objetivo é padronizar o visual, fazendo com que todas as pessoas estejam em conformidade. De início, uma das principais funções do código de vestimenta era diferenciar os nobres dos plebeus. Um bom exemplo é o uso da cor púrpura, que na antiguidade era restrita aos reis, imperadores e alto clero (XERPA, 2019).

Conforme verificado, o *dress code* é um código de vestimenta para certos locais e situações. Não obstante, como e quem define se determinada vestimenta é considerada “adequada” para aquele momento e local?

Um exemplo clássico da proibição do exercício do direito de ir e vir foi vivenciado por Gandhi. Veja-se:

A Roupas de Gandhi. Mahatma Gandhi provou que a “roupa não faz o homem”. Só usava uma tanga a fim de se identificar com as massas simples da Índia. Certa vez chegou assim vestido numa festa dada pelo governador inglês. Os criados não o deixaram entrar. Voltou para casa e enviou um pacote ao governador, por um mensageiro. Continha um terno. O governador ligou para a casa dele e lhe perguntou o significado do embrulho. O grande homem respondeu: — Fui convidado para a sua festa, mas não me permitiram entrar por causa da minha roupa. Se é a roupa que vale, eu lhe enviei o meu terno. (BRANCHER, 1998, p. 4)

A seguir, abordar-se-á diversos episódios acerca do *dress code* em determinados lugares, inclusive, um dos casos mais emblemáticos ocorridos no Brasil nas últimas décadas.

4.1 Caso Geisy Arruda e o Dress Code na Universidade

Pode-se dizer que há um código de vestimenta (*dress code*) implícito nas universidades. Quem não o segue está fadado a ser repellido/expulso ou sofrer os transtornos, como Geisy, caso não siga os padrões estabelecidos daquele local?

Um dos casos mais simbólicos na obrigatoriedade de um código de vestimenta foi o da universitária Geisy Arruda. No dia 22 de outubro de 2009, o vestido rosa e curto de Geisy provocou confusão na Universidade Bandeirante, Uniban (ÚLTIMO SEGUNDO, 2010).

Quando chegou para assistir às aulas, a jovem foi cercada por estudantes, ouviu vaias e ameaças, e acabou se trancando em uma sala de aula para se proteger, de onde só saiu escoltada pela Polícia Militar, vestindo um jaleco branco mais longo por cima, emprestado por um professor. (ÚLTIMO SEGUNDO, 2010). As imagens do incidente tiveram grande repercussão midiática, principalmente na internet.

Após o episódio na universidade, Geisy foi expulsa pela reitoria, que alegou ter sido uma atitude de desrespeito à moralidade e à dignidade acadêmica por parte da aluna. A discente ficou sabendo da decisão apenas por meio de um anúncio publicado em jornais de São Paulo e um comunicado veiculado pela televisão, em horário nobre (REDAÇÃO, 2010).

No mês seguinte, Geisy prestou depoimento em sindicância aberta pela Uniban, que concordou com o retorno da aluna às aulas, com a promessa de garantia de sua segurança (REDAÇÃO, 2010). No entanto, ela nunca retornou para a universidade. Devido ao ocorrido, Geisy ajuizou ação de indenização fundamentada na falha da prestação de serviço, que culminou com a violação de seus direitos de consumidora.

Ao discutirem o caso Geisy Arruda, dentre outros aspectos, obrigações específicas para docentes, discentes e para a instituição de ensino, bem como a possibilidade de dano moral decorrente da ofensa à honra objetiva e subjetiva da vítima, esclarecem os professores Fabrício Veiga Costa e Alysson Thiago de Assis Campos (2019, p. 94-95):

No caso em tela, afirma-se que a Uniban praticou conduta ilícita omissiva, ou seja, deixou de prestar de forma efetiva ou prestou de forma ineficiente o serviço de segurança e vigilância, de modo a evitar que o tumulto que ensejou a humilhação e os xingamentos ao qual foi submetida a aluna Geisy Arruda fosse evitado. No momento em que a instituição de ensino superior autorizou (expressa ou tacitamente) ou permitiu a entrada da aluna em suas dependências com “o tal microvestido rosa”, assumiu a obrigação contratual e o dever legal de garantir sua integridade física, moral e psicológica. Ou seja, a instituição em tela deveria ter evitado ou reprimido qualquer tumulto, humilhação ou xingamento à aluna, algo que não ocorreu, uma vez que a acadêmica, à época, foi exposta e julgada moralmente de forma sumária pelos demais estudantes em virtude da comprovada omissão da instituição de ensino superior.

Explicam os autores supra que o reflexo da omissão institucional permitiu a forte “manifestação de comportamentos machistas, sexistas, ofensivos pelos alunos que se aglomeraram nos corredores da universidade com o condão de violentar física e moralmente a estudante.” (COSTA; CAMPOS, 2019, p. 94). A dor moral da estudante de Turismo resultou da “discriminação e do pré-julgamento moral sofrido, do desrespeito à sua integridade física e psicológica, da permissividade e não repressão da instituição de ensino aos fatos ocorridos e da absoluta vulnerabilidade da sua condição de mulher” (COSTA; CAMPOS, 2019, p.94).

Assim, “o dano moral decorreu da violação do direito fundamental à honra objetiva e subjetiva, além da ofensa a sua integridade moral e psicológica”. Ademais, os fatos ocorridos “culminaram na violação do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado um fundamento do Estado Democrático de Direito expressamente previsto no artigo 1º da Constituição brasileira de 1988”. (COSTA; CAMPOS, 2019, p.94)

Em decorrência do referido fato, em se tratando de responsabilidade civil objetiva,

presume-se a culpa do agente, tornando-se dispensável verificar se houve dolo ou culpa na conduta ilícita da universidade, uma vez que “restou comprovada a conduta ilícita omissiva e sua relação direta com a concretização do dano moral em tela, caracterizou-se, assim, o dever de reparação e compensação do prejuízo de ordem moral ora sofrido pela vítima”. (COSTA; CAMPOS, 2019, p. 97)

Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, a instituição de ensino, por sua conduta omissiva, foi condenada a indenizar a estudante ao pagamento de quarenta mil reais em razão da reparação dos danos provenientes do sofrimento moral experimentado. Entendeu o Tribunal que houve falha na prestação do serviço de segurança e vigilância por parte da universidade, a qual permitiu as agressões à dignidade humana e à honra da acadêmica, com xingamentos e humilhação em decorrência do uso de uma simples vestimenta. (ESTADÃO, 2012) A condenação teve o caráter pedagógico e compensatório, uma vez que a aluna foi expulsa sumariamente, sendo compelida a interromper o curso de Turismo.

Na subdivisão abaixo, algumas outras situações são apontadas, em que o *dress code* tornou-se um problema em certos lugares e, muitas vezes, chegou às barras do judiciário.

4.2 Outros exemplos práticos de “desobediência ao dress code”

Na França, por exemplo, no dia 11 de abril de 2011, passou a vigorar uma lei que proíbe o uso dos véus integrais (a burca e o niqab).

Segundo referida lei, todas as pessoas que circulam no espaço público devem ter o rosto descoberto e usar roupas ou acessórios que permitam, facilmente, o reconhecimento ou a identificação. As pessoas que descumprirem a lei serão punidas com dois meses de prisão e com quinze mil euros de multa, bem como aqueles que incitarem a violação da lei. Afirma, ainda, que em caso de reincidência, as penas serão de um ano de prisão e trinta mil euros de multa.

Para Schuck (2013), assim como nas escolas e universidades, as justificativas para a proibição da burca são a necessidade da promoção da segurança pública através da identificação dos rostos de todos, promoção dos valores republicanos franceses e não de outras culturas, e promoção da igualdade de gênero.

Percebe-se que para todos os casos de véus e burcas, a alegação é sempre a mesma, ou seja, o fato de ferir um princípio da segurança pública. Assim, há um choque de princípios que devem ser analisados: a segurança pública *versus* o direito cultural e o direito de ir e vir utilizando a vestimenta que bem entender ou que for possível de adquirir em razão da condição social do indivíduo.

Outrossim, de qual segurança pública estamos nos referindo: do estado ou da própria pessoa que está a utilizar desta vestimenta? Ambos têm o direito à segurança pública e, ao mesmo tempo, de escolher a sua orientação de vestuário, incumbindo ao

Estado, apenas e tão somente, fomentar a segurança em ambas as situações.

No Brasil, o uso do biquíni em praias e piscinas é algo muito natural. Por vezes, pode-se até encontrar pessoas de topless ou até nuas em praias restritas ao nudismo. Sucede que, mulheres muçulmanas não desejam usar trajes de banho tão sumários e preferem o chamado burkini, segundo elas, mais adequados, sem perderem a oportunidade de frequentarem a praia. Referido traje permite apenas rosto, mãos e pés descobertos, cobrindo o restante do corpo.

Ocorre que, em países como a França, por exemplo, algumas municipalidades proíbem o uso de tal traje de banho em praias e piscinas públicas, incidindo multa sobre as transgressoras. Foi o caso de mulheres muçulmanas em Grenoble, ocasião em que, após serem identificadas pela polícia, elas foram multadas em 40 euros. Uma das participantes do protesto organizado pela Aliança dos Cidadãos de Grenoble, que pugna contra a discriminação da comunidade islâmica, declarou à BBC: “Devemos lutar contra políticas discriminatórias e preconceitos na França, já que estamos realmente privados de nossos direitos civis de acesso a serviços públicos e infraestruturas de propriedade da cidade”, explicou à BBC uma das mulheres envolvidas no protesto (MARCELINO, 2019).

Somente a burca, oficialmente por motivos de segurança, uma vez que cobre o rosto e dificulta a identificação, está vetada em todo o espaço público desde 2001. A norma legal veda nas escolas os signos religiosos ostensivos, não nas universidades e ao pessoal da administração pública com contato com o público. (TERUEL, 2016)

Desde julho de 2016, a prefeitura de Cannes, na Cotê D’Azur, proibiu o uso do burkini nas suas praias, alegando laicidade. Em sua conta no *Twitter*, o Observatório da Laicidade, órgão oficial ligado ao escritório do primeiro-ministro, esclarece que “se são feitas restrições de vestimenta, essas não podem ser baseadas no princípio da laicidade”. A multa pela infração é de 38 euros. (TERUEL, 2016)

No Brasil, tem-se que o *dress code* fere um princípio fundamental, quer seja o da igualdade, na medida em que não há uma conformidade pré-estabelecida de vestimentas para determinados locais. Isso é plenamente possível de ser observado na própria Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 456-A, da referida legislação, estabelece que cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio laboral².

Analisando o artigo supra, poder-se-ia dizer que ele foi criado para efetivar a igualdade, na medida em que todos os empregados estariam uniformizados, inexistindo discriminação entre eles.

Não obstante, essa discriminação já nasce no momento da contratação. Sem sabermos, há um código de vestimenta, o qual não é exposto, que foi criado pelos

² Art. 456A. Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

empregadores, na medida em que algumas empresas se reservam a contratar ou não a pessoa em decorrência da roupa que ela está usando na entrevista de emprego, por exemplo.

Em sede de defesa, as empresas alegam que não se trata de um preconceito, mas sim uma “adequação” da imagem. Ora, se a pessoa faz parte de uma determinada minoria vulnerável, entendida como aquela que não possui condições de estar vestida adequadamente, fere-se o princípio da igualdade.

Em algumas situações, a pessoa necessita do trabalho para, então, adquirir roupas e, só nesse momento, passar a fazer parte daquela empresa, inclusive na forma de se vestir, como um representante daquela marca. Muitas empresas possuem um *dress code* rígido, exigindo o uso de uniformes ou traje social completo, o que pode ser empecilho para algumas pessoas (XERPA, 2019).

Já outras adotam códigos mais flexíveis, permitindo trajes mais esportivos, como camisetas e calça jeans. Para Xerpa (2019), seguindo a tendência de flexibilização, algumas destas empresas mais “formais”, já permitem que seus funcionários usem roupas mais descontraídas na sexta-feira (*casual Friday*).

Muitas pessoas que estão envolvidas na área de educação acreditam que os uniformes podem conter comportamentos negativos associados às roupas dos alunos e muitos conselhos escolares estão aplicando códigos de vestimenta obrigatórios, os quais proíbem os alunos de usar roupas identificáveis, como roupas de gangue, bandanas, lenços coloridos específicos, jaquetas, brincos e acessórios com o objetivo de evitar provocações, absentismo, atraso, atividades relacionadas a gangues e violência (SEQUEIRA, 2014).

Outrossim, acredita-se que a obrigatoriedade de utilizar uniformes reduz as chances de discriminação entre os estudantes participantes de diferentes níveis econômicos da sociedade e, principalmente, desenvolve sua personalidade para se adequar ao mundo corporativo (SEQUEIRA, 2014).

Dessa forma, como fundamento para a instituição de um *dress code*, utilizam-se da questão econômica, personalíssima e a segurança dos próprios alunos e da instituição, pois as vestimentas poderiam significar ou identificar pessoas de determinados grupos, como os *black bloc*, ou, até mesmo, integrantes de grupos criminosos.

Contudo, a instituição de um *dress code* nas universidades ou colégios pode ferir o direito de autodeterminação e a liberdade de escolha da cultura dos alunos, como, no caso daqueles que cultuam determinada religião, que exige a utilização de certas vestimentas por parte das meninas (saias, burcas). Assim, percebe-se que nas escolas, a instituição do *dress code* busca garantir a igualdade e segurança, ferindo, em alguns casos, o direito à cultura de um determinado grupo (minoria).

Outra situação que merece ser analisada e que “exige” um *dress code* é a forma como devemos estar/vestir no momento em que tiramos as fotos para a Carteira Nacional de Habilitação (CNH). Segundo o DETRAN do Paraná, na Portaria nº 362/2013-DG, art.

3º, o condutor não poderá estar utilizando óculos, bonés, gorros, chapéus ou qualquer outro item de vestuário ou acessório que cubra parte do rosto ou da cabeça, assim como adereços, tais como brincos, *piercing*, etc.

Não obstante à normativa, o mesmo artigo, em seu parágrafo único, estabelece uma exceção para esse código pré-estabelecido para o momento de tirar a foto. Para a Portaria, é garantido aos (às) religiosos (as) o direito de utilizarem suas vestes religiosas (véu islâmico, hábitos, etc), ressalvando-se que, em razão do dever/direito à segurança pública, devem estar perfeitamente visíveis, nas fotografias, a face, a testa, o queixo, e o contorno dos ombros (DETRAN, 2013).

Dessa forma, tem-se que o código de vestimenta ou forma de se tirar uma fotografia para a CNH foi alterado na medida em que o DETRAN do Paraná autorizou a utilização de foto com véu na Carteira Nacional de Habilitação em decorrência de motivos religiosos, permitindo a efetivação do direito cultural daquele grupo religioso.

Outro caso emblemático que merece atenção é o do Lavrador na Cidade de Cascavel, Paraná, no qual o magistrado entendeu que ele não estava vestido adequadamente para a audiência.

Segundo o relatório da sentença de indenização, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, movida por Joanir contra a União, ele havia ingressado com uma reclamatória trabalhista contra uma empresa, em 29/03/2007, perante a 3ª Vara Trabalhista de Cascavel, a qual teve designada uma audiência de conciliação para o dia 13/06/2007.

Quando da realização do ato, no dia 3-7-2007, o juiz Bento L. A. M. cancelou a audiência sob a alegação de que o autor não trajava calçado adequado, pois usava chinelo de dedo (MIGALHAS, 2007).

Questiona-se: e se, ao invés de estar com um par de chinelos *Havaianas*, estivesse com chinelos de couro? Talvez a questão fosse econômica/valorativa e não na utilidade da coisa, ferindo, mortalmente, a dignidade das minorias.

O fundamento da decisão, segundo o magistrado, era a dignidade da justiça. Assim, percebe-se um embate entre essa dignidade da justiça *versus* a dignidade da pessoa humana. Qual delas deve prevalecer? Ora, sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento da Constituição Federal (previsto no art. 1º, inciso III), não há que se falar em dignidade do Poder Judiciário em sobreposição à dignidade da pessoa humana.

Outro caso recente, no âmbito do Poder Judiciário, ocorreu no município de Iguaba Grande (RJ). A Seccional do Rio de Janeiro, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), protocolou, no dia 23/10/2019, uma representação junto à Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado contra a juíza Maíra V. V. O., a qual vetou a entrada de mulheres no Fórum de Iguaba Grande, do qual é diretora, de acordo com o tamanho das saias que estavam vestindo (AGÊNCIA ESTADO, 2019).

Segundo a OAB, a juíza fixou um aviso sobre a medida na entrada do Tribunal e autorizou que seguranças medissem as roupas das advogadas com régua, sendo que

seriam impedidas de entrar no local aquelas mulheres que apresentassem a roupa mais de cinco centímetros acima do joelho. (AGÊNCIA ESTADO, 2019).

A denúncia, assinada pela Comissão de Prerrogativas da OAB-RJ, diz que aludida magistrada descumpre, “deliberadamente”, a Lei Federal 8.906/94, que supõe sobre Estatuto da Advocacia e a Ordem, no que diz respeito à ausência de hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo haver “consideração e respeito recíprocos” (AGÊNCIA ESTADO, 2019).

Na mesma linha, o advogado Fabio de Oliveira Vargas foi impedido, por uma juíza trabalhista, de sentar-se à mesa em uma audiência por não estar engravatado. O advogado ajuizou uma ação, na qual o magistrado que julgou o caso afirmou que a colega envolvida no fato deveria apenas zelar pelo bom andamento dos trabalhos (GHIRELLO, 2010).

Entretanto, sua atitude impediu o exercício do advogado junto ao seu cliente, que nem estava presente no dia. Assim, a medida da juíza viola os direitos e prerrogativas do advogado “que é constitucionalmente indispensável, conforme o artigo 133 da Constituição Federal” (GHIRELLO, 2010).

Merece menção também, episódio ocorrido no mês de julho de 2020, durante a 25ª sessão ordinária de julgamento da Câmara Criminal do TJ/PB, em que o desembargador Ricardo Vital de Almeida advertiu o advogado por estar sem gravata, sob a alegação de que todos eles usavam gravata e é o padrão de quem exercita o labor jurídico, sobretudo em uma sessão solene, mesmo que fosse por videoconferência (MIGALHAS, 2020).

Assinale-se que, as vestimentas necessárias para adentrar no Tribunal Regional Federal devem se compatibilizar com o decoro necessário à prática jurisdicional, da qual a advocacia é parte essencial (JUDICIÁRIO NACIONAL, 2011).

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, o ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do STF, editou um Código de Ética dos Servidores, o qual previa em um dos artigos a obrigatoriedade de apresentar-se ao trabalho com vestimentas adequadas ao exercício do cargo ou função (BRÍGIDO, 2018).

Analisando os casos ocorridos no âmbito do Poder Judiciário, percebe-se, implicitamente, a existência de um *dress code* para aqueles que frequentam e se utilizam das dependências do judiciário, com fundamento na dignidade da justiça, o que culmina, em algumas situações, com o afastamento do cidadão das classes minoritárias dos seus direitos, que são alcançados por meio daqueles que instituem vestimentas para adentrar em recintos.

Para o ministro do STF, Marco Aurélio, os tribunais deveriam implementar atos que aproximem o cidadão do Judiciário, na medida em que essa norma afasta, constrange, pode gerar uma frustração e que repercute na dignidade do homem (CONJUR, 2011).

O ex-ministro do STJ, Aldir Passarinho, admite que as pessoas se vistam com trajés cada vez mais informais, mesmo em ambientes formais. Para ele, a vestimenta não pode restringir o acesso à Corte, mesmo o tribunal sendo um ambiente mais formal, pois não se

pode exigir gravata a uma pessoa de condição simples (CONJUR, 2011).

Na gestão da Ministra Cármen Lúcia, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Corte recebeu um ar menos formal. A ordem ao cerimonial era de que ninguém poderia ser barrado pelo quesito vestimenta, fazendo cair por terra qualquer código de vestuário no âmbito daquela corte (BRÍGIDO, 2018).

Outrossim, há casos em que implicam uma análise sobre a possibilidade de se vestir ou andar de uma determinada forma, como no caso das cidades praianas, praias de naturismo e o próprio carnaval no Brasil.

Poder-se-ia dizer que, para esses locais, há a instituição implícita de um *dress code*, o qual está baseado ainda na denominada moralidade. Todavia, se alguém andar nu em uma cidade, este ato será considerado como obsceno, diversamente se a mesma conduta se der no âmbito de uma praia de naturismo.

A Câmara Municipal do Rio de Janeiro criou a resolução 64/94, instituindo uma praia de naturismo, ou seja, naquele local deve-se esperar encontrar pessoas nuas, portanto, não há como o estado dizer que tal nudez é obscena (FOLHA DE S. PAULO, 2011).

Logo, há uma cultura que institui um código de vestimentas para determinadas pessoas em determinadas situações, decorrendo este de um direito à cultura e à autodeterminação de cada ser humano. Percebe-se, assim, que há uma discriminação cultural quando nos referimos ao *dress code*, razão pela qual, faz-se necessária a proteção das pessoas e, em alguns casos, o ressarcimento mediante valores econômicos.

5 | DIREITOS VIOLADOS COM O DRESS CODE

Da análise de tudo o que foi acima exposto, percebe-se que a globalização ameaça as diferenças culturais entre os povos, bem como cria meios novos e mais ágeis de comunicação entre eles, culminando no risco de uniformização cultural. Essa atitude comprometeria as identidades culturais e colocaria em questão a própria soberania das nações (CARDOSO; MUZZETI, 2007).

A diversidade cultural, principal direito violado com a instituição de um código de vestimenta para determinados grupos ou locais, representa temática de extrema importância no âmbito internacional.

O reconhecimento internacional da diversidade cultural vem sendo objeto de informes e resoluções de organismos, como da Unesco, que em 1995, no texto *Nossa Diversidade Criadora*, propôs uma nova relação do tema com os programas de desenvolvimento (CARDOSO; MUZZETI, 2007).

Em 1998, em seu Plano de Ação, incluiu a política cultural como um condicionante do desenvolvimento e, em 2001, considerou que o respeito à diversidade cultural é não só um direito dos povos, mas uma condição indispensável das políticas desenhadas para promover o diálogo entre as nações (CARDOSO, 2007).

Consoante Karam (2011), a falta de reconhecimento das diferenças culturais (entendidas também como a forma de se vestir) pelo Estado e pela sociedade acaba por agravar, duplamente, as injustiças sofridas pelas minorias, pois esta ausência lesa a autoestima destes grupos e, também, aumenta a dificuldade de acesso aos serviços públicos estatais.

Ao lesar o direito à cultura, ferem-se também os direitos fundamentais, os quais formam uma categoria jurídica que tem como finalidade a proteção dos direitos das minorias frente às ameaças do Poder do Estado. Assim, o direito de viver segundo a sua cultura encontra, no estatuto dos direitos fundamentais, instrumentos vocacionados a sua proteção, em face da ameaça de assimilação imposta pelos padrões culturais difusamente enraizados nas instituições e na sociedade (KARAM, 2011).

Percebe-se que o direito à identidade cultural permite o livre desenvolvimento da personalidade, estando intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição). Assim, o direito de viver, segundo os usos e costumes do grupo a que pertence, é elemento do direito à vida e, portanto, a sua condição de direito fundamental está prevista no *caput* do art. 5º, da Constituição de 1988 (KARAM, 2011).

Dessa forma, tem-se que os direitos à identidade cultural (individual) e à diversidade cultural (coletivo) são, ontologicamente, fundamentais, pois são imprescindíveis para o livre desenvolvimento da personalidade, estando estritamente relacionados ao princípio da dignidade humano e o direito à diversidade, previsto nos artigos 215, 216 e 231 da Constituição Federal de 1988 (KARAM, 2011).

Por fim, tem-se que os Estados estão obrigados a respeitar e a proteger o princípio da não discriminação, sendo que as disposições proibindo a discriminação encontram-se em todos os documentos internacionais e numerosos documentos regionais concernentes aos direitos humanos, tais como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Carta Social Europeia, a Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais do Conselho da Europa, o Documento do Encontro de Copenhague da Conferência sobre a Dimensão Humana da OSCE, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Organização de Unidade Africana, desde 2002 União Africana) (THORNBERRY, 2012).

Conclui-se, assim, que a instituição de um *dress code* implica, em muitos casos, ferir a cultura de determinada pessoa ou grupo de pessoas, entendido, na maioria das vezes, como uma minoria. A impossibilidade de ferir a cultura encontra respaldo primordial na dignidade humana, a qual revela, no texto constitucional, o direito das minorias culturais de viverem segundo as suas crenças, tradições e costumes, bem como de reproduzi-los, sendo este um direito fundamental que vincula os poderes públicos e os particulares (KARAM, 2011).

Dessa forma, mais do que aceitar a diferença (incluídas as vestimentas em determinados locais), o Estado deve criar as condições para que estes grupos possam se

desenvolver física, cultural e socialmente (THORNBERRY, 2012), usufruindo, assim, de uma vida digna de ser vivida.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, tem-se que há um *dress code*, o qual viola alguns direitos dos indivíduos que se encontram impedidos de entrar em algum lugar, usufruir algum direito ou cumprir algum dever.

O *dress code* visa padronizar a forma de se vestir naquele dado momento e busca, muitas vezes, o seu fundamento na proteção de determinados direitos, como a dignidade do Poder Judiciário, a igualdade (inclusive a econômica), segurança (entendida aqui, também, a pública) e a liberdade.

Em contrapartida, essa instituição de um código de vestimenta fere alguns direitos, como a autodeterminação, a liberdade e a própria dignidade da pessoa humana. Essa dignidade é colocada em choque quando os grupos denominados minorias não conseguem acompanhar esse padrão instituído pela maioria da sociedade.

O principal direito violado com a criação de um código de vestimenta, o qual também pode ser considerado um dos seus fundamentos, é o direito à cultura. A cultura de determinado grupo em determinado espaço culmina com a discriminação daqueles que não estão de acordo com aquela cultura de massa.

Isso implica, muitas vezes, em mover a máquina do judiciário para ver indenizado o dano oriundo dessa ausência de integração cultural, como no caso da Geisy Arruda, do advogado que foi barrado na audiência ou até do lavrador que não estava de sapatos para a audiência.

Extrai-se que não há, em nenhum local da legislação brasileira, a necessidade de se observar as vestimentas em razão do espaço terrestre, na medida em que se está diante de um país de extrema desigualdade.

Desta forma, não há como se exigir que uma pessoa, em especial os grupos de minoria, se adequem ao que a maioria entende como correto, pois a cultura é cultuada de formas específicas para cada ser humano, baseada, principalmente, no direito à dignidade humana.

Como já exposto, apesar de inexistir determinação da existência de um *dress code*, ele existe e acaba por ferir os direitos inerentes à pessoa humana, em especial à igualdade, à dignidade e à cultura.

Considerando que todos os povos conhecidos pertencem ao mesmo planeta, a princípio, não há que se estranhar determinadas vestimentas. Perfis regionais, nacionais ou continentais apresentam suas diferenças. Diferentes pessoas, diferentes culturas podem ter diferentes potenciais e isto poderia ser enriquecedor e motivo para agregar, não excluir.

Por vezes, a vestimenta depende dos fatores sociais, razões ambientais,

personalidade, religião, espírito de integração, influência de amigos, etc. A diversidade cultural não deve gerar tensões a ponto de excluir indivíduos do grupo. Conhecer culturas diferentes e encampar outros costumes torna a sociedade mais tolerante, respeitosa e inclusiva.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. **Juíza mede saia de advogadas com régua e barra entrada, denuncia OAB-RJ.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/10/25/interna_politica,800939/juiza-mede-saia-de-advogadas-com-regua-e-barra-entrada-denuncia-oab-rj.shtml>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRANCHER, Jacques Duilio. **Formulação analítica para Solução do Problema de Ordenadas Discretas pelo Método LTSn, para valores de N grandes.** Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/189660/000231431.pdf?sequence=1>> Acesso em: 28 nov. 2019.

BRÍGIDO, Carolina. **Como se vestir no Supremo.** Disponível em: <<https://epoca.globo.com/como-se-vestir-no-supremo-23217671>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

CARDOSO, Sônia Maria Vicente. MUZZETI, Luci Regina. **Tema: as dimensões da diversidade cultural brasileira.** Disponível em: <file:///D:/Downloads/Dialnet-AsDimensoesDaDiversidadeCulturalBrasileira-6202517%20(2).pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

CHRISTOPOULOS, Dimitris. **Discurso institucional sobre os direitos das minorias pelas organizações européias no limiar do século 21.** Tradutor: Pedro Buck; revisor técnico: Dimitri Dimoulis. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais _ RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 187-199, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=39822>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

CONJUR. **STF exige roupa social para os visitantes em geral.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-dez-03/stf-amplia-regra-vestimentas-aos-visitantes-geral-cria-constrangimento>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

COSTA, Fabrício Veiga; CAMPOS, Alisson Thiago de Assis. Dano moral e descumprimento de contrato de prestação de serviço educacional no ensino superior privado: um estudo do caso Geisy Arruda e os critérios de quantificação. Direito civil, de família e constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020 Coordenadores: Ignacio Durbán Martín; Valéria Silva Galdino Cardin; Tereza Rodrigues Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020

DETRAN/PR. Portaria nº 362/2013-DG de 01 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.detran.pr.gov.br/arquivos/File/legislacao/atosdodiretorgeral/2013/362_13_DG.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ESTADÃO. Justiça mantém indenização para Geisy Arruda. Edição de 13 mar. 2012. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,justica-mantem-indenizacao-para-geisy-arruda,847732> Acesso em: 23 set. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. **Por que ficar nu em praia de nudismo não é ato obsceno.** Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/por-que-ficar-nu-em-uma-praia-de-nudismo-no-ato-obsceno>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

KARAM, Juliano Stella. O direito fundamental à diversidade cultural e a sua vinculação aos poderes públicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=74370>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

GHIRELLO, Mariana. **Lei não obriga advogado a usar gravata em audiência**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-set-30/lei-nao-obriga-advogado-usar-gravata-audiencia-afirma-juiz>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. A Lei Rouanet e a importância da definição do conceito de cultura. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, mar./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=243287>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

JUDICIÁRIO NACIONAL. **TRF-2 mantém obrigatoriedade do uso de terno e gravata em sessões de julgamento**. Disponível em: <<https://www.paginadoestado.com.br/2019/02/11/trf-2-mantem-obrigatoriedade-do-uso-de-terno-e-gravata-em-sessoes-de-julgamento/>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

MARCELINO, Valentina. Muçulmanas desafiam proibição e saltam para a piscina em burkini. CITIZEN ALLIANCE OF GRENOBLE, edição de 24 Junho 2019. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/muculmanas-desafiam-proibicao-e-saltam-para-a-piscina-em-burkini-11040288.html>. Acesso em: 12 set. 2020.

MENDES CHAVES, Luiz de Gonzaga. **Minorias e seu estudo do Brasil**. Disponível em: <http://www.rcs.ufc.br/edicoes/v2n1/rcs_v2n1a8.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MIGALHAS. **Advogado participa de julgamento sem gravata e é advertido por desembargador**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330370/advogado-participa-de-julgamento-sem-gravata-e-e-advertido-por-desembargador>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MIGALHAS. **Juiz suspende audiência por causa de chinelo**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/40976/juiz-suspende-audiencia-por-cao-de-chinelo>. Acesso em: 23 set. 2020.

REALE, Miguel. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REDAÇÃO. **Uniban é condenada a pagar 40 mil reais a Geisy Arruda**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/educacao/uniban-e-condenada-a-pagar-40-mil-reais-a-geisy-arruda/>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SCHUCK, Elena de Oliveira. **A proibição da burca na França: reflexões sobre a justiça a partir de uma perspectiva feminista**. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102189/000930117.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SEQUEIRA, Aloysius Henry. **A Study on Dress Code for College Students**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/314532547_A_Study_on_Dress_Code_for_College_Students>. Acesso em: 20 nov. 2019.

TAVARES, André Ramos. Minorias e Justiça Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=68201>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

TERUEL, Ana. Cannes proíbe o uso do burkini em suas praias. El País, Paris, 12 ago. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/08/12/internacional/1471003957_038249.html Acesso em 12 set. 2020.

THORNBERRY, Patrick. ESTÉBA María. **O. Direito das minorias**. Disponível em:< <http://www.igc.fd.uc.pt/manual/pdfs/O.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ÚLTIMO SEGUNDO. **Uniban é condenada a pagar R\$ 40 mil para Geisy Arruda**. Disponível em:< <https://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/uniban-e-condenada-a-pagar-r-40-mil-para-geisy-arruda/n1237792140496.html>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. 2002. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20sobre%20a%20Diversidade%20Cultural%20da%20UNESCO.pdf> Acesso em: 23 set. 2020.

XERPA. **O que é dress code? Entenda a importância da roupa no ambiente de trabalho**. Disponível em:< <https://www.xerpa.com.br/blog/o-que-e-dress-code/> > Acesso em: 27 nov.2019.

INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO USO DO BAFÔMETRO: INAPLICABILIDADE DO ART. 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 11/05/2021

Henrique Giacomini

Advogado. Pós Graduando do Curso de Docência em Ensino Superior pela Unicesumar Apucarana – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/7675803558053323>

RESUMO: Com o aumento substancial de acidentes envolvendo motoristas embriagados, o legislador está se empenhando em criar leis que coíbem as condutas ilícitas de dirigir sob os efeitos do álcool. Assim, com o advento da Lei 13.281/2016, houve a inclusão de um novo artigo no Código de Trânsito Brasileiro, definindo como infração de trânsito o ato do condutor em recusar a submeter ao teste do bafômetro, exame clínico, ou outro procedimento que permita certificar a influência de álcool ou substância psicoativa. Contudo, a nova legislação fere diversos princípios e direitos fundamentais descritos na Constituição Federal, contrariando Tratados Internacionais, havendo jurisprudências deliberando contra a aplicação da norma. O método científico abordado para elaboração do trabalho é a utilização do neoconstitucionalismo como referencial teórico, para embasamento e desenvolvimento do tema, e como método de pesquisa o hipotético-dedutivo, posto que é exposto inicialmente a proposta do trabalho, suas expectativas que desencadearam a pesquisa e a exemplificação das descobertas

inerentes ao assunto, bem como a formulação do problema. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o avanço nas mudanças na legislação de trânsito conforme a demanda da sociedade e a inaplicabilidade do artigo supracitado. Subsequentemente apresentar a possibilidade de comprovação da embriaguez por outros meios que a legislação permite para que haja a punição dos condutores e diminuição nos índices de acidentes envolvendo motoristas alcoolizados.

PALAVRAS-CHAVE: Embriaguez ao volante; bafômetro; Inconstitucionalidade; infração de trânsito.

UNCONSTITUTIONALITY OF THE MANDATORY USE OF THE ALCOHOL METER: INAPPLICABILITY OF ART. 165-A OF THE BRAZILIAN TRAFFIC CODE

ABSTRACT: With the substantial increase in accidents involving drunk drivers, the legislator is working to create laws that curb illicit conduct under the influence of alcohol. Thus, with the advent of law 13281/2016, a new article was included in the Brazilian Traffic Code, defining as a traffic violation the act of the driver refusing to submit to the breathalyzer test, clinical examination, or other procedure that allows certify the influence of alcohol or psychoactive substance. However, the new legislation violates several principles, fundamental rights described in the Federal Constitution, contrary to International Treaties, as well as jurisprudence deliberating against the application of the norm. The scientific method approached for the elaboration of the work is the

use of neo-constitutionalism as a theoretical reference, for the foundation and development of the theme, and as hypothetico-deductive method of research, even as it is exposed initially the work proposal, its expectations that triggered the research and the exemplification of the findings inherent in the subject, as well as the formulation of the problem. The present work aims to demonstrate the progress in the changes in traffic legislation according to the society's demand and the inapplicability of the aforementioned article. Subsequently present the possibility of proving the drunkenness by other means that the law allows for punishment of drivers and decrease in the rates of accidents involving drunk drivers.

KEYWORDS: Driving under the influence; alcoholometer; Unconstitutionality; traffic violation.

1 | INTRODUÇÃO

O Brasil é um país com dimensões continentais excepcionalmente extenso e o principal meio de transporte adotado é o rodoviário, apesar da importância do sistema ferroviário e hidroviário para o desenvolvimento econômico, a malha viária brasileira é constituído em sua maioria por estradas. E com a expansão das vias rodoviárias no Brasil no final do século passado foi necessário aprimorar as normas de trânsito brasileiro para readequação às mudanças da sociedade em consequência do aumento significativo de acidentes envolvendo automóveis.

Com isso os legisladores estão incessantemente deliberando sobre formas de incriminar aqueles que venham trazer danos nas estradas brasileiras possibilitando um trânsito mais seguro e preservando a vida. Para tanto, os representantes do legislativo têm colocado em evidência o crime de embriaguez ao volante em decorrência dos altos números envolvendo motoristas embriagados em acidentes graves e muitas vezes fatais.

Com o advento da Lei 13.281/2016, houve a inclusão de um novo artigo no Código de Trânsito Brasileiro, definindo que o ato de recusar em submeter a teste do bafômetro, exame clínico, perícia ou outro procedimento disciplinado pelo CONTRAN¹ em uma fiscalização de trânsito, poderá ser autuado como infração gravíssima, multa e suspensão de dirigir por 12 (doze) meses. Porém, o artigo descrito traz inúmeras discrepâncias aos direitos fundamentais descrito na Constituição Federal, jurisprudências e tratados internacionais trazendo prejuízos jurídicos ao ordenamento brasileiro.

À luz da Constituição Federal e dos princípios basilares do direito brasileiro, o acréscimo do artigo 165-A no Código de Trânsito Brasileiro propôs discussões em âmbito jurídico nacional em razão da irrazoabilidade com o ordenamento jurídico brasileiro que trazem consequências, tanto para aqueles que estão sujeitos as penas definidas no artigo em discussão quanto para a sistemática legislativa, devido a irreverência por parte do legislador em analisar as condições mínimas para elaboração da norma.

Bem como o posicionamento dos tribunais divergentes e majoritariamente prevalecendo a inaplicabilidade do artigo trazendo insegurança jurídica e impunidade para

¹ Conselho Nacional de Trânsito é o órgão coordenador, normativo e consultivo máximo, da política nacional de trânsito, competente do Sistema Nacional de Trânsito, responsável pela regulamentação do Código de Trânsito Brasileiro.

aqueles que deveriam ser autuados de forma eficaz.

O método científico abordado para o tema apresentado em conformidade com o referencial teórico neoconstitucionalismo é o método hipotético-dedutivo posto que é exposto inicialmente a proposta do trabalho, suas expectativas que desencadearam a pesquisa e a exemplificação das descobertas inerentes às questões do assunto, bem como a formulação do problema. Posteriormente será demonstrado as hipóteses acerca da temática e suposições plausíveis pertinentes ao mesmo.

No decorrer do presente trabalho será apresentado as alterações ocorridas nos artigos do Código de Trânsito Brasileiro, desde a promulgação até os dias atuais, demonstrando a aplicabilidade efetiva de artigos anteriores relacionados às infrações de embriaguez ao volante. Posteriormente, será demonstrado os princípios constitucionais, bem como os Tratados Internacionais que são transgredidos com imposição da penalidade ao condutor que opõem-se a submeter a exames clínicos ou etilométricos. E ao final, apontar a aplicabilidade dos dispositivos já definidos no Código de Trânsito Brasileiro que permitem a comprovação de embriaguez por outros meios sem a necessidade de impor compulsoriamente o teste do bafômetro.

2 | APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR

2.1 Lei 9.503/97

Com o advento do Código de Trânsito Brasileiro promulgada pelo Congresso Nacional pela lei complementar nº 9.503/1997, regulamentando a conduta dos motoristas e aqueles que estão inseridos no trânsito, como passageiros e pedestres, houve grande repercussão e mudanças nas penalidades aos condutores infratores, como por exemplo a suspensão para dirigir e a cassação da Carteira Nacional de Habilitação, definindo reabilitação para estes que tinham sua carteira recolhida. Com pretensão de reprimir atos ilícitos, houve também a tipificação de crimes de trânsito elencados no código de trânsito brasileiro com pena privativa de liberdade.

O Código de Trânsito Brasileiro trouxe inúmeros artigos que coíbem atos que não condizem com o trânsito. Assim como disposto no artigo 165 do CTB, tipificou como infração de trânsito o ato de dirigir sob a influência de álcool em certa quantidade que prejudicasse as alterações na capacidade motora do condutor. Assim como em diversos países, no Brasil ocorrem inúmeros acidentes automobilísticos fatais em consequência do consumo de álcool que trazem prejuízos para o convívio em sociedade.

Laranjeira e Romano exemplificam que os efeitos do álcool constituem sérios problemas em diversos países que culturalmente fazem o uso substancialmente do meio de transporte rodoviário². Por esta razão, foi constituído o crime de trânsito para que os

2 ROMANO, Marcos; LARANJEIRA, Ronaldo. **Consenso brasileiro sobre políticas públicas do álcool**. 2004. Unidade de Pesquisas em Álcool e Drogas (UNIAD) Departamento de Psiquiatria UNIFESP, Universidade Federal de São Paulo. São Paulo. p. 7.

agentes sob efeito de álcool sejam impedidos de transitarem pelas estradas uma vez que trazem grandes riscos para a mobilidade do trânsito:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação³.

Com base na redação disposta no Código de Trânsito Brasileiro promulga em 1997, ficou estabelecido a infração administrativa sob a condição de estar sob a influência de álcool com nível superior a seis decigramas por litro de sangue. Duailibi e Laranjeira expõe que o indivíduo que ingeriu bebida alcoólica e contém uma concentração alcoólica sanguínea (CAS) de até seis decigramas por litro de sangue tem o dobro de risco de se envolver em um acidente que uma pessoa que não ingeriu nenhuma substância psicoativa⁴.

Analisando o texto do artigo 165, é possível constatar que não são considerados os fatores individuais, como peso, gênero, velocidade da ingestão alcoólica, presença de alimentos no estômago, e entre outros elementos que também influenciam na reação do corpo em relação a quantidade de consumo de álcool e os efeitos causados no organismo.

Outra incoerência quanto a aplicação do artigo descrito acima promulgado pelos legisladores da época é a impossibilidade da aplicação da sanção administrativa sem a realização de exame clínico ou procedimento para constatação da quantidade da substância psicoativa. Sendo assim, se o agente não permitisse a realização do exame clínico ou então a submissão ao teste do bafômetro, não era possível incidir o condutor à infração administrativa⁵.

Em síntese, não seria possível a constatação do estado psicomotor do condutor quando notoriamente perceptível ao agente fiscalizador por outros meios de provas que serão posteriormente demonstradas minuciosamente, como por exemplo, imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem alteração da capacidade motora, entre outros. Porém, somente é permitido que o condutor seja penalizado mediante exame pericial conforme o texto em lei.

2.2 Lei 11.275/2006

Assim como em qualquer ordenamento jurídico, o legislador constatando a ineficácia de algumas normas estabelecidas no CTB quando declarado sua vigência em relação à

3 BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Civivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2018.

4 DUAILIBI, Sérgio. Políticas públicas relacionadas às bebidas alcoólicas. 2007. Artigo Especial – UNIFESP - Universidade Federal de São Paulo. São Paulo. p. 5.

5 ALCÂNTARA, Francilvon Sousa. Violação aos princípios constitucionais penais da não autoincriminação e da presunção de inocência: inserção do artigo 165-A (Lei 13.281/2016) no CTB. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – UEPB, Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande. p. 9.

punição aos motoristas imprudentes que infringem as normas de trânsito, foi necessário novos estudos e um novo projeto de lei que alterasse as imposições aos motoristas que dirigem sob efeito de álcool ou outras substâncias que afetem a percepção motora.

Diante da impossibilidade da aplicação do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro em razão da necessidade de constatação por meio de perícia médica para incidir na infração administrativa, houve alteração na constituição da norma para que condicionasse a realidade possibilitando a aplicação no caso concreto.

Com a vigência da Lei 11.275/2006, houve alteração nos artigos, penalizando o condutor que ingerir qualquer substância entorpecente que cause dependência psíquica ou qualquer quantidade de bebida alcoólica. Assim, não haveria a obrigatoriedade de condicionar a infração de trânsito com exame pericial em razão da norma não estipular a quantidade de teor alcóolico, mas tão somente a constatação de qualquer substância no organismo.

E o legislador ainda complementa no artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro a caracterização da infração por outros meios para averiguação pelo agente de trânsito acerca dos sinais resultante do consumo de álcool ou entorpecentes.

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor⁶.

Conforme descrito no artigo reformulado pela Lei 11.275/2006, não há manifestação quanto a obrigatoriedade do condutor ser submetido ao exame do bafômetro ou qualquer outro exame clínico em razão da possibilidade do agente fiscalizador utilizar outros meios para fundamentar a penalização ao motorista que está transgredindo a infração de trânsito.

E assim como Felipe Vargas Sampaio dos Santos, há vários meios que será abordado posteriormente em capítulo específico que possibilitam a caracterização do estado psicomotor do indivíduo e se está sob influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente que causa dependência física ou psíquica⁷.

2.3 Lei 12.760/2012

Conforme a promulgação da Lei 11.705/2008, reconhecida como Lei Seca, houve reformulações na descrição das normas no Código de Trânsito Brasileiro para que houvesse

6 BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2018.

7 SANTOS, Felipe Vargas Sampaio dos. **Uma leitura constitucional do teste do bafômetro**. 2011. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 5.

melhor aplicabilidade. E como já modificado anteriormente, manteve-se em suprimir a exigência da medição de alcoolemia no sangue, e assim, para incidir no artigo em análise, basta conduzir o veículo automotor sob influência de álcool ou qualquer outra substância que determine dependência⁸.

Sob mesmo aspecto vale salientar que a lei que entrou em vigência em 2008 ainda manteve o crime de trânsito do artigo 306 do CTB nas condições em que o condutor está sob influência alcóolica com concentração de álcool igual ou superior a 6 (seis) decigramas por litro de sangue no momento da fiscalização⁹.

Assim como Vitor Eduardo Rios Gonçalves destaca em seu livro, em vista do legislador exigir uma concentração mínima de teor alcóolico no sangue do condutor, a comprovação do crime tão somente será feita por exame de sangue ou pelo bafômetro. E conforme declarado pelo Superior Tribunal de Justiça, não há possibilidade de obrigar os condutores a submeter-se ao exame pelo princípio da não autoincriminação¹⁰.

A nova Lei Seca, Lei 12.760/2012 trouxe penas mais severas para as infrações de trânsito em razão do aumento significativo nos números de acidentes envolvendo condutores sob influência de substâncias que alteram os reflexos do condutor trazendo perigo para todos que estão inseridos no trânsito.

§ 2º A infração prevista no art. 165 também poderá ser caracterizada mediante imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora ou produção de quaisquer outras provas em direito admitidas¹¹.

Fernando Capez, em sua obra, demonstra que há duas possibilidades para ocorrência do crime de trânsito disposto do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. No tocante a prova pericial é possível por meio de exame etilométrico ou exame clínico para constatação do crime quando comprovado de igual ou superior seis decigramas de álcool por litro de sangue. Ou então como a Lei 12760/2012 estabeleceu, é permitido a demonstração por qualquer outro meio admitido pela legislação penal. posto que há o direito constitucional que impossibilita a obrigatoriedade do condutor em fornecer provas periciais por meio de exame clínico ou submeter ao exame do bafômetro¹². E órgão responsável ainda exemplifica como serão demonstradas as provas para constatação das condições do condutor.

O CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), por meio da resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013, dispôs sobre os procedimentos que devem ser adotados pelos agentes fiscalizadores de trânsito para averiguação do consumo de álcool ou de outra substância

8 DUNCK, Davi Augusto Campos. A Nova Redação da Lei Seca (12760/12). **Direito Contemporâneo**, Revista técnico-científico do Instituto de Ciências Jurídicas da FASAM – Faculdade Sul-Americana, v. 2, n. 3, p. 100-116, nov. 2013.

9 CARVALHO, Cláudio Viveiros de. Alteração do limite máximo de teor alcóolico da Lei Seca. **Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados**. Consultor legislativo da Área XVI, nov. 2008. p. 7.

10 GONÇALVES, Vitor Bueno Rios. **Legislação Penal Especial Esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 332-333.

11 BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2018.

12 CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

psicoativa que determine dependência. Para tanto é descrito os sinais de alteração da capacidade psicomotora que devem ser analisados de forma conjunta para que comprovem a situação do condutor para viabilizar a autuação conforme as leis de trânsito¹³.

2.4 Lei 13.381/2016

Em clamor da sociedade e com inúmeras análises dos entes administrativos públicos responsáveis pela manutenção do trânsito brasileiro sobre os altos índices de acidentes com vítimas fatais, houve novas alterações nos artigos do Código de Trânsito Brasileiro que tratam das sanções aos condutores que dirigem veículo automotor sob efeito de bebida alcóolica e entorpecentes que alteram as percepções necessárias para uma condução adequada e trazem riscos aos demais inseridos no trânsito.

Consequentemente as punições até então estipuladas e remodeladas com lei complementares ao longo dos anos, não havia aplicabilidade por despreparo dos agentes fiscalizadores e insuficiência dos mesmos em demonstrar o estado psicomotora do condutor no momento da fiscalização. Assim alguns artigos do Código de Trânsito Brasileiro que regem as normas de trânsito foram implementados com punições mais severas e determinou a imposição de atos aos administrados sob pena de incidir em infração de trânsito.

Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270¹⁴.

Diante das informações anteriores vale ressaltar que o condutor que estava sob condições de alcoolemia ou sob efeitos de drogas psicoativas poderia ser punido pelas infrações de trânsito do artigo 165 conjuntamente do artigo 277 do CTB, constatando-se por meios de provas exemplificados no artigo para comprovação da embriaguez.

Diante das alterações realizadas pelo legislador pela Lei 13.381/2016, possibilitou que o agente fiscalizador autue o indivíduo que recuse a utilização do bafômetro e seja submetido a exame clínico ou perícia que constate a situação de ebriedade¹⁵. Em razão da punibilidade por um ato omissivo do condutor em não permitir que faça perícias médicas ou

13 BRASIL, **Conselho Nacional de Trânsito. Resolução 432, de 23 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto no art. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 02 março 2018.

14 BRASIL. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2018.

15 SANTOS NETO, Osvaldo Antônio dos. **A inconstitucionalidade do bafômetro/etilômetro no sistema jurídico penal brasileiro**. 2016. Encontro de Iniciação Científica (Graduação em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, TOLEDO. Presidente Prudente. p. 10.

uso de etilômetro, o condutor estaria cometendo ato infracional conforme descrito no artigo reformulado, contrariando princípios constitucionais que exemplificam a impossibilidade de autuar o agente que impede fazer provas contra si, seja em âmbito administrativo ou penal.

E conforme os ditames da legislação brasileiras e como Ferreira Filho destaca em sua obra, uma norma para ser apreciada pela constitucionalidade é necessário que seja compatível com a Constituição Federal e não afronte quaisquer de seus princípios resguardado na Lei Maior, e ainda discorre que nenhuma lei pode estar em discordância à base da ordem jurídica¹⁶.

3 I VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O ordenamento jurídico brasileiro é regido por normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo que a Constituição Federal foi instituída em 1988 por meio da Assembleia Nacional Constituinte com objetivo de assegurar os direitos sociais, como a liberdade, a segurança, bem-estar, as garantias individuais, e sob o mesmo aspecto, a igualdade e a justiça. Nesta mesma perspectiva, para que houvesse a concretização do ordenamento jurídico brasileiro é necessário considerar os princípios jurídicos que conjuntamente com as disposições positivadas são diretrizes para a consolidação de normas e possibilite a aplicação do direito.

E para alicerçamento dos princípios é necessário reconhecimento pela sociedade dos valores que são estabelecidos sem exigência da positivação para ter relevância jurídica. Sendo assim, os princípios jurídicos são matrizes para o sistema jurídico e propagam-se sobre as diversas normas, compondo a essência da norma para sua compreensão, e assim, criando uma harmonia ao sistema normativo.

E conforme descrito por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Os princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que atrai¹⁷.

E seguindo a interpretação da formação do sistema jurídico, Luiz Antônio Rizzatto Nunes descreve os princípios como norteadores do sistema jurídico brasileiro, sob pena de invalidade jurídica no caso que houver interpretação contrária ao um princípio constitucional¹⁸.

Assim como descrito, a dogmática constitucional estabelece que os princípios

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 48-49.

17 CANOTILHO, 1998 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 262.

18 NUNES, Luiz A. R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002 p. 37.

são importantes para determinação de valores e possibilita a instituição do ordenamento conforme os valores materiais que a sociedade considera justa vinculando os direitos fundamentais instituídos em lei e a vontade emanada da conduta social.

Em consonância com o ordenamento jurídico e como demonstrado anteriormente, não há possibilidade da validade de uma norma que transgrida algum preceito fundamental, uma vez que deve estar necessariamente condicionado aos princípios em geral. Desta forma, as sanções impostas para as infrações de trânsito estabelecido no Código de Trânsito Brasileiro devem estar em conformidade com os princípios. E assim como Mello complementa em sua obra, a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de uma norma em razão que ofende todo o sistema de comando e a interrompe a harmonia jurídica¹⁹.

Consequentemente a elaboração do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro promulgado pela Lei 13.381/2016 deve estar em consonância com os princípios constitucionais concretizadas pelo sistema jurídico, porém no momento que o legislador condicionou a sanção administrativa pela recusa de ser submetido ao teste do bafômetro ou qualquer outro procedimento clínico para constatação de influência de álcool ou substância psicoativa no momento da fiscalização, há incompatibilidade com os princípios constitucionais da não autoincriminação e da presunção de inocência em razão da obrigatoriedade de condicionar o motorista aos exames sob pena administrativa.

E assim como descrito por Nestor Távora, o ordenamento jurídico é conduzido por princípios e normas que são considerados como fundamentais para a política processual, ainda complementa que essa estrutura é composta para a proteção das garantias aos imputados em detrimento da arbitrariedade estatal²⁰.

3.1 Princípio da presunção de inocência

Como descrito anteriormente, os fundamentos para estabelecer um princípio também podem estar positivados na Constituição Federal, como o princípio da presunção de inocência definido na Carta Magna no artigo 5º, inciso LVII que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, o qual declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória²¹. E assim como descrito em âmbito penal, também é admissível empregar o princípio em âmbito administrativo em razão da supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento infraconstitucional.

Em confirmação Alexandre de Moraes afirma que o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito, e discorre sobre a imprescindibilidade do Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo sob pena de

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54.

20 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 71.

21 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de mar. 2018.

retrocesso a um estado arbitral²².

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues elucidam que o princípio do estado de inocência ainda pode ser fragmentado em duas regras essenciais, sendo que a primeira é em relação ao ônus probatório no qual a parte acusadora quem tem o ônus para comprovação de culpa, assim não havendo possibilidade do encargo para apresentação de provas ser transmitido ao acusado. Além disso, seguindo os fundamentos do mesmo princípio, não é possível atribuir culpa sem que haja sentença com trânsito em julgado impossibilitando qualquer sanção de culpabilidade²³.

Assim como demonstrado que a presunção de inocência tem resguardo constitucional e tem aplicabilidade nas normas em geral, também é possível constatar que o artigo em estudo do Código de Trânsito Brasileiro que puni como infração administrativa o condutor que recusa submeter ao exame clínico ou teste do bafômetro para constatar influência de álcool ou outra substância psicoativa divergi do princípio fundamental em razão da impossibilidade de uma sanção ao condutor. Assim, o agente representante do Estado não tem prerrogativa de punir sem uma comprovação de ato ilícito e apresentação de provas. E no momento que o condutor incidi no artigo 165-A do CTB, inviabiliza a produção de provas por parte do agente público devido a não exigência do artigo de apresentação de evidências para constatação de embriaguez ou alterações psicomotoras que prejudicam na condução do veículo.

3.2 Princípio da não autoincriminação

O princípio da não autoincriminação ou *nemo se detegere*, está consagrado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIII, que assegura que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, e dispõe que o acusado tem direito de permanecer calado²⁴. Garantindo assim, um direito mínimo do acusado, sendo de fundamental importância seu cumprimento em qualquer circunstância em que seja necessário a produção de provas para comprovação da culpabilidade.

Esse princípio tem como principal fundamento para existência a necessidade de proteger o indivíduo de descomedimentos do Estado utilizando de forma autoritária da sua força policial. E Renato Brasileiro Lima elucidada que o princípio da não autoincriminação consiste na proibição de usar qualquer meio coercitivo para acusado dispor de qualquer prova de confissão ou outro meio que colabore para desencadear sua condenação²⁵.

Assim como Carlos Henrique Borlido Haddad descreve que a previsão constitucional foi assegurada de forma simplória em razão que Assembleia Nacional Constituinte dispôs somente como o direito de calar-se, porém essa proposição resguarda um direito público

22 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016, pag. 201.

23 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 71-72.

24 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de mar. 2018.

25 LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 79.

subjetivo e como um amplo direito fundamental em virtude da liberdade pessoal. Logo, a inserção do direito de permanecer calado na Carta Magna foi para assegurar o direito processual em detrimento do interesse de repressão do Estado²⁶.

Posteriormente Haddad explana especificamente sobre a impossibilidade de sujeitar o motorista ao etilômetro em razão da violação do princípio contra a autoincriminação que determina que o Estado não pode impor de modo coercitivo ao acusado de produzir provas. Assim, o autor destaca que para a constatação de álcool no sangue é possível conferição por meio de prova pericial de caráter não invasivo e somente com consentimento do acusado seria possível a realização da prova pericial por meio de exame clínico ou pericial²⁷.

Considerando a demonstração do princípio da não autoincriminação e sob os fundamentos constitucionais que garante os direitos contra a arbitrariedade estatal diante da obrigação de constituir provas no momento da fiscalização por agente do trânsito, não há viabilidade do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro em consequência das discrepâncias em relação a exigência da norma em conduzir o motorista a produzir provas contra si mesmo, contrapondo a impossibilidade do Estado de fazer esta exigência e estabelecer sanção administrativa.

3.3 Posição jurisprudencial

Diante do exposto da contrariedade do artigo discutido e dos princípios constitucionais, há jurisprudências que antecedem o posicionamento dos tribunais diante da fundamentação para promulgação do artigo 165-A do Código de Trânsito Brasileiro que invalidam a materialidade e aplicação da norma.

Conforme decisão da Ação Declaratória de Nulidade de Ato administrativo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, foi verificado provimento na apelação em consoante com o princípio da não autoincriminação previsto na Constituição Federal e no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, que ilegítima o auto de infração por embriaguez ao volante diante da ausência de indícios de alcoolemia. Assim, demonstra-se um ato administrativo nulo, devendo haver restauração na sentença administrativa²⁸.

E após a promulgação do artigo, por meio da Lei 13.381/2016, e conforme julgamento da Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública do Rio de Grande do Sul, pronunciaram em favor dos princípios constitucionais inviabilizando a aplicabilidade da infração administrativa em razão da impossibilidade de atuar o condutor sem a constatação do estado psicomotor e reafirmaram a inexecutabilidade da obrigação do uso do bafômetro. Assim, houve aceitação

26 HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contorno do princípio contra a auto-incriminação**. 2003. Dissertação (Curso de Doutorado em Ciências Penais) – Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Belo Horizonte. p. 39.

27 HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contorno do princípio contra a auto-incriminação**. 2003. Dissertação (Curso de Doutorado em Ciências Penais) – Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Belo Horizonte. p. 287-288.

28 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo n. 01699181420118190001 RJ 0169918-14.2011.8.19.001. Operação Lei Seca, recusa em realizar teste de alcoolemia. Relator: Dês. Carlos Santos de Oliveira. 20 ago. 2013. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117579603/apelacao-apl-1699181420118190001-rj-0169918-1420118190001>>. Acesso em 25 de mar. 2018.

do recurso e anulação do auto de infração²⁹.

As decisões judiciais demonstram que os tribunais declinam o julgamento prevalecendo o interesse coletivo quanto aos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, garante ao acusado de não produzir provas que possam ser utilizados em desfavor a sua defesa e exige elementos que comprovem o estado do condutor no momento da fiscalização.

4 I MEIOS DE COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ

Para que o Estado possa punir o indivíduo que está submetido às imposições dele é necessário que siga os procedimentos administrativos, respeitando a todo momento do trâmite do processo, o direito de ampla defesa, princípio da presunção de inocência e muitos outros recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro para que seja considerado um procedimento legal, assim como demonstrado no capítulo anterior.

Francilvon Sousa Alcântara elucida que o Estado Democrático de Direito dispõe em texto constitucional princípios e normas estabelecendo um repertório de garantias constitucionais delimitando o poder do Estado³⁰.

Oswaldo Antônio dos Santos Neto descreve que é essencial compreender que o acusado é apenas parte do processo e não o objeto principal de avaliação, sendo que o mesmo tem o direito de apontar as razões para defender sua inocência, não havendo meios que impeçam seu direito às suas alegações, e ainda utilizar recursos que amenizam sua culpabilidade³¹.

Para que seja efetivamente possível a aplicação de uma infração de trânsito ou penalização penal deve haver comprovação do ato infracional por meio de produção de provas. Portanto, para que o motorista que esteja conduzindo um veículo sob os efeitos do álcool ou qualquer outra substância entorpecente incida no ato infracional do art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro é necessário a comprovação da materialidade³².

Deocleciano Torrieri Guimarães define o estado de embriaguez de forma técnica em sua obra como o estado de intoxicação aguda ou crônica, em consequência da ingestão desmedida de bebida alcoólica, que perturba a razão do indivíduo e altera seu equilíbrio emocional³³.

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n. 71007473499 RS. Recusa ao teste do etilômetro. Relator: Marialice Camargo Bianchi. 27 mar. 2018. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561373782/recurso-civil-71007473499rs?ref=topic_feed>. Acesso em 25 mar. 2018.

30 ALCÂNTARA, Francilvon Sousa. **Violação aos princípios constitucionais penais da não autoincriminação e da presunção de inocência: inserção do artigo 165-A (Lei 13.281/2016) no CTB**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – UEPB, Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande. p. 19.

31 SANTOS NETO, Oswaldo Antônio dos Santos. **A inconstitucionalidade do bafômetro/etilômetro no sistema jurídico penal brasileiro**. 2016. Encontro de Iniciação Científica (Graduação em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, TOLEDO. Presidente Prudente. p. 11.

32 BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 29 de abr. 2018.

33 GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 16. ed. São Paulo: Rideel, 2012. p. 334.

Para a comprovação do estado de embriaguez do motorista se faz necessária a produção de provas, seja mediante exame clínico comprovando a ingestão de bebidas alcoólicas ou qualquer substâncias psicoativas, ou então qualquer outro meio que a lei estabeleça, para autuação do condutor que cometa infração de trânsito, possibilitando a procedência do processo administrativo legítimo que conste a materialidade e ainda permita que o condutor tenha a oportunidade de pronunciar sua defesa quanto as provas.

Jurisprudências reafirmam a possibilidade da constatação da embriaguez por outros meios que não sejam o teste clínico ou etilométrico.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, em face da negativa de realização de prova oral, com a oitiva de testemunhas, quando tal prova se mostra irrelevante para a solução da causa. 2. Nos termos do art. 277, do CTB, embora seja lícita a recusa do condutor de veículo de submeter-se ao teste de alcoolemia, a autoridade policial pode aferir os sinais de embriaguez por outros meios, que são suficientes para embasar a lavratura do auto de infração e a aplicação das penalidades de suspensão do direito de dirigir e de multa³⁴.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também reafirma a possibilidade de comprovar a materialidade do ato infracional por meio de outras provas, não exigindo o exame clínico que atesta o teor alcoólico na corrente sanguínea do indivíduo:

[...] I - Estando demonstrado pela prova testemunhal e pelos demais indícios colacionados ao feito que o autor encontrava-se em evidente estado de embriaguez na condução de seu veículo, necessária se faz a sua condenação, sendo irrelevante a inexistência de exame de sangue ou etilômetro³⁵.

Assim como o Tribunal de Justiça do Paraná segue o mesmo posicionamento demonstrando a possibilidade de autuação do motorista nos termos do artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro mediante produção de provas, sem a necessidade da realização do exame etilométrico.

Conforme estabelecido na Resolução n 206/2006, atualmente revogada pela Resolução n. 432/2013 de igual teor, é possível ao agente de trânsito impor a penalidade descrita no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro com base nos sinais apresentados pelo condutor, caso haja a recusa de realização do exame etilômetro³⁶.

Não obstante do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que declara que a

34 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130111069082. Recusa do condutor em realizar o teste de alcoolemia. Relator: Arnoldo Camanho de Assis. 04 nov. 2015. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255770710/apelacao-civel-apc-20130111069082>>. Acesso em 29 abr. 2018.

35 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 10016140037116001. Estado de embriaguez comprovado pelos demais meios de prova. Relator: Alberto Deodato Neto, 09 jun. 2015, **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200485194/apelacao-criminal-apr-10016140037116001-mg/inteiro-teor-200485279>>. Acesso em 29 abr. 2018.

36 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado n. 001952585201281600140 PR 0019525-85.2012.8.16.0014/0. Infração de trânsito art. 165 do CTB e irrelevância do teste de alcoolemia. Relator: Liana de Oliveira Lueders, 28 jul. 2016, **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/369884961/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-1952585201281600140-pr-0019525-8520128160014-0-acordao>>. Acesso em 17 jun. 2018.

ausência do exame de alcoolemia não induz à atipicidade na conduta de conduzir veículo em estado de embriaguez, desde que seja possível a comprovação do estado alcoólico por outros meios, sendo irrelevante a realização do exame específico³⁷.

Os meios de comprovação do estado de embriaguez descrito no artigo 277, parágrafo segundo do Código de Trânsito Brasileiro, caracteriza um rol exemplificativo de provas que podem ser utilizadas, como por exemplo, imagem, vídeo, constatação de sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora³⁸. E no mesmo artigo o legislador impõe que o Contran (Conselho Nacional de Trânsito) tem a competência para legislar sobre os possíveis meios de provas para determinar as infrações de trânsito.

No artigo 3º da Resolução nº 432 do Conselho Nacional de Trânsito, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do motoristas que conduzem veículo sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determina dependência define que a confirmação da capacidade psicomotora poderá ser por seguintes meios: exame clínico de amostra de sangue do condutor; exames de laboratórios indicado pelo órgão ou entidade de trânsito competente ou pela Polícia Judiciária que possam detectar substâncias psicoativas; teste em aparelho destinado à medição do teor alcoólico no ar alveolar (etilômetro); ou então verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor³⁹.

É relevante ressaltar que os meios de provas admitidos são um rol exemplificativo definidos na Resolução Nº 432 do Contran possibilitando a produção de provas atípicas e inominadas, não havendo relevância para ser lícita em razão do princípio da busca da verdade real dos fatos, conforme descrito na obra de Norberto Avena⁴⁰.

No tocante ao teste do bafômetro ou exame clínico é necessário enfatizar que não deve haver submissão obrigatório ao exame pericial sob as razões e fundamentos já elucidados no presente trabalho evidenciando que no momento em que o indivíduo é obrigado realizar o teste etilométrico estaria declarando sua culpa e havendo desrespeito ao direito do silêncio e muitos outros preceitos constitucionais.

A Resolução Nº 432 dispõe em seu artigo sexto especificando que para a caracterização da infração de trânsito no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro é necessário exame de sangue que ateste a concentração de álcool por litro de sangue ou teste etilômetro, ou então por meio dos possíveis sinais físicos de alteração psicomotora verificados no momento da fiscalização.

37 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 151087 SP 2009/0205445-8. Crime de trânsito e recusa ao exame de alcoolemia. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 18 mar. 2010. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115241/habeas-corpus-hc-151087-sp-2009-0205445-8>>. Acesso em 25 mar. 2018.

38 BRASIL. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 29 de abr. 2018.

39 BRASIL, **Conselho Nacional de Trânsito. Resolução 432, de 23 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

40 AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 9 ed. São Paulo: MÉTODO, 2017. s/p.

Especificamente no artigo 5º da mesma resolução em análise, exemplifica que os sinais de alteração de capacidade psicomotora poderão ser verificados por meio de exame clínico com laudo conclusivo e reconhecido por médico perito, ou então por meio de constatação pelo próprio agente fiscalizador ou qualquer outra autoridade de trânsito dos sinais de alteração da capacidade psicomotora⁴¹.

Caso o condutor seja submetido a uma fiscalização de trânsito e o agente público exija que seja submetido ao teste do bafômetro ou qualquer outro exame clínico para averiguação das condições psicomotoras, poderá haver recusa do motorista, porém poderá haver outras avaliações que atestem de forma imprescindível a constatação objetiva sobre as condições do motorista. Assim como já citado, o artigo 277, no parágrafo segundo do Código de Trânsito Brasileiro descreve que o agente fiscalizador poderá comprovar infração de trânsito mediante imagem ou vídeo, podendo o agente utilizar de meios eletrônicos como a câmera do celular pessoal para comprovar as condições físicas visíveis do motorista cerceando qualquer ensejo de recurso contrariando o auto de infração.

Em relação a avaliação subjetiva que complementa o auto de infração, poderá o fiscal de trânsito constatar nos termos a constatação do estado de embriaguez analisando cinco grupos de sinais: em relação a aparência, se o condutor apresenta sonolência, olhos vermelhos, vômito, soluço ou desordem em suas vestes e odor de álcool no hálito; quanto a sua atitude, se o condutor apresenta agressividade, arrogância, exaltação, falante ou dispersão; no tocante a orientação, se o motorista sabe qual é a hora ou data e reconhece o local onde está; quanto a memória, se relembra dos seus atos e consegue informar seu endereço com clareza; e em relação a sua capacidade motora e verbal no qual deve ser avaliado se o condutor está com dificuldade no equilíbrio, com a dicção alterada e difícil compreensão⁴².

No parágrafo primeiro do artigo 5º da Resolução Nº 432 do Contran esclarece que para a comprovação das condições psicomotoras alteradas do motorista é necessário que o fiscal de trânsito, além de verificar todas as condições citadas acima, também deverá constatar no auto de infração, não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor⁴³ que fez uso imoderado de substâncias entorpecentes ou de bebida alcoólica nas situações em que não há o instrumento para averiguação por meio do teste etilométrico ou exame clínico, ou então quando há recusa do condutor em submeter a análise clínica.

41 BRASIL, **Conselho Nacional de Trânsito. Resolução 432, de 23 de janeiro de 2013.** Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto no art. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

42 SILVA, Maria Lélia Lima. Álcool versus direção automobilística. **Tropos**, Rio Branco, v. 1, n. 4, p. 3-13, dez. 2015.

43 BRASIL, **Conselho Nacional de Trânsito. Resolução 432, de 23 de janeiro de 2013.** Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto no art. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: <[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

É relevante destacar, conforme Luis Flávio Gomes disserta em sua obra, que a infração administrativa contida no artigo 165 do Código de Trânsito Brasileiro trata-se de uma infração de perigo abstrato puro, assim não é preciso comprovar a ingestão do álcool, ou seja, não é necessário a comprovação dos efeitos das substâncias alcoólicas sob a forma de condução do agente que esteja conduzindo o veículo de forma anormal, como por exemplo, invadir a contramão, subir em calçada, dirigir em ziguezague⁴⁴.

Outro meio de comprovação das infrações administrativas relevante para aplicação efetiva das sanções administrativas para os condutores que desrespeitam as normas quanto a proibição de estar sob os efeitos do álcool ou substâncias psicoativas é a prova testemunhal que tem validade tanto em âmbito administrativo quanto para os crimes de trânsito.

5 | CONCLUSÃO

A necessidade de se discutir e da busca incessante para que seja desenvolvido um trânsito mais seguro, se faz necessário aprimoramento no ordenamento jurídico que regula o trânsito brasileiro para que seja possível a penalização daqueles que não respeitam as leis de trânsito, como aqueles que conduzem os veículos alcoolizados ou sob efeitos de substâncias entorpecentes, trazendo risco não apenas para eles mesmos, mas para todos que estão inseridos no trânsito.

Com a inclusão do novo artigo 165-A do Código Brasileiro de Trânsito no qual define uma penalização ao condutor que recusa em submeter ao teste do bafômetro ou qualquer exame clínico disciplinado pelo Contran, trouxe uma discussão jurídica quanto a sua eficácia em razão do desrespeito aos princípios e normas jurídicas.

Apesar das inúmeras mudanças na legislação para que fosse alcançado uma penalização eficaz aos motoristas que desobedecem às leis de trânsito, ainda houve a inaplicabilidade da infração de trânsito em vista da sua inconstitucionalidade.

Para isso, deve-se observar pormenorizado os princípios e garantias explicitamente apresentados na Constituição Federal e outros princípios que são resguardados de forma implícita recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como os Tratados Internacionais que coíbem a retirada de direitos fundamentais ao ser humano. Do mesmo modo as jurisprudências também promovem em âmbito judicial os direitos individuais, tornando inaplicável a penalidade ao motorista que recusar em submeter ao teste do bafômetro.

Para haver responsabilidade administrativa, não é necessário a comprovação da influência de álcool ou de substâncias entorpecentes por meio de teste do bafômetro ou teste clínico, mas basta a comprovação do ato infracional por outros meios de provas que o ordenamento jurídico dispõe, como prova testemunhal, ou mediante imagens ou vídeos

44 GOMES, Luis Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2011 p. 122.

que atestem as condições do motorista no momento da fiscalização, ou então por meio da verificação dos sinais que indiquem a alteração da capacidade psicomotora do condutor.

Sendo assim, enquanto houver a discussão quanto a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do uso do bafômetro, haverá a impunidade dos motoristas infratores, e continuará os problemas dos altos índices de acidentes fatais no trânsito, trazendo inúmeros prejuízos econômicos e sociais, para o Estado e para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Angela Maria Mendes; LIMA, José Mauro Braz de; ALVES, Thais de Araújo. O Impacto do álcool na mortalidade em acidentes de trânsito: uma questão de saúde pública. Projeto acadêmico – UFRJ, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

ALCÂNTARA, Francilvon Sousa. **Violação aos princípios constitucionais penais da não autoincriminação e da presunção de inocência: inserção do artigo 165-A (Lei 13.281/2016) no CTB**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – UEPB, Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 9 ed. São Paulo: MÉTODO, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATTISTI, Iara Denise Endruweit. **Métodos Estatísticos**. Ujuí: Unijuí, 2008.

BRASIL, **Conselho Nacional de Trânsito. Resolução 432, de 23 de janeiro de 2013**. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto no art. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 – Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c.pdf>>. Acesso em: 02 março 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de mar. 2018.

_____. **Lei n. 13.281, de 4 de maio de 2016**. Altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13281.htm>. Acesso em: 05 de set. 2017.

_____. **Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 25 de fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 151087 SP 2009/0205445-8. Crime de trânsito e recusa ao exame de alcoolemia. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 18 mar. 2010. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115241/habeas-corpus-hc-151087-sp-2009-0205445-8>>. Acesso em 25 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 10016140037116001. Estado de embriaguez comprovado pelos demais meios de prova. Relator: Alberto Deodato Neto, 09 jun. 2015, **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/200485194/apelacao-criminal-apr-10016140037116001-mg/inteiro-teor-200485279>>. Acesso em 29 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130111069082. Recusa do condutor em realizar o teste de alcoolemia. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. 04 nov. 2015. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/255770710/apelacao-civel-apc-20130111069082>>. Acesso em 29 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Recurso Inominado n. 001952585201281600140 PR 0019525-85.2012.8.16.0014/0. Infração de trânsito art. 165 do CTB e irrelevância do teste de alcoolemia. Relator: Liana de Oliveira Lueders, 28 jul. 2016, **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/369884961/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-1952585201281600140-pr-0019525-8520128160014-0-acordao>>. Acesso em 17 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Declaratória de Nulidade de Ato Administrativo n. 01699181420118190001 RJ 0169918-14.2011.8.19.001. Operação Lei Seca, recusa em realizar teste de alcoolemia. Relator: Dês. Carlos Santos de Oliveira. 20 ago. 2013. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117579603/apelacao-apl-1699181420118190001-rj-0169918-1420118190001>>. Acesso em 25 de mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado n. 71007473499 RS. Recusa ao teste do etilômetro. Relator: Marialice Camargo Bianchi. 27 mar. 2018. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/561373782/recurso-civel-71007473499rs?ref=topic_feed>. Acesso em 25 mar. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Cláudio Viveiros de. Alteração do limite máximo de teor alcoólico da Lei Seca. **Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados**. Consultor legislativo da Área XVI, nov. 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Salvador: Juspodivim. 2015.

DELBEN, Ana Cleusa; BERTOLAZO, Ivana Nobre Bertolazo; SOUKOS, Stélios Sant'Anna; OCKENR, Vivian Castro. **Manual para elaboração e apresentação de trabalhos Acadêmicos e Científicos da Facnopar**. Apucarana: FACNOPAR, 2014.

DUALIBI, Sérgio. **Políticas públicas relacionadas às bebidas alcoólicas**. 2007. Artigo Especial – UNIFESP - Universidade Federal de São Paulo. São Paulo.

DUNK, Goacy Campos dos Santos; DNUK, Davi Augusto Campos. A Nova Redação da Lei Seca (12760/12). *Direito Contemporâneo*, Revista técnico-científico do Instituto de Ciências Jurídicas da FASAM – Faculdade Sul-Americana, v. 2, n. 3, p. 100-116, nov. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORTUNATO, Wilker Gonçalves. **O Princípio da Não Autoincriminação e o Uso do Bafômetro**. 2010. Monografia de Bacharelado em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ. Rio de Janeiro, RJ.

GOMES, Luis Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2011.

GONÇALVES, Vitor Bueno Rios. **Legislação Penal Especial Esquematisada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **Conteúdo e contorno do princípio contra a auto-incriminação**. 2003. Dissertação (Curso de Doutorado em Ciências Penais) – Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Belo Horizonte.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, Tiago Aguiar Domingos de. **A submissão ao teste de alcoolemia previsto na legislação de trânsito brasileira e o princípio da não autoincriminação**. 2017. Artigo para obtenção do título de Bacharel. (Bacharel em Direito) – Centro Universitário São Lucas, Porto Velho.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Direitos humanos fundamentais – Teoria Geral**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Frank Silva de. **Neoconstitucionalismo e o Direito por Princípios**. 2011. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – UNIVALI, Itajaí.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Luiz A. R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OMG: Brasil é o quinto país do mundo em mortes no trânsito, segundo OMS. Metro Jornal. 25 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/05/01/brasil-e-o-quinto-pais-mundo-em-mortes-no-transito-segundo-oms.html>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

ROMANO, Marcos; LARANJEIRA, Ronaldo. **Consenso brasileiro sobre políticas públicas do álcool**. 2004. Unidade de Pesquisas em Álcool e Drogas (UNIAD) Departamento de Psiquiatria UNIFESP, Universidade Federal de São Paulo. São Paulo.

SANTOS, Felipe Vargas Sampaio dos. **Uma leitura constitucional do teste do bafômetro**. 2011. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.

SANTOS NETO, Osvaldo Antônio dos. **A inconstitucionalidade do bafômetro/etilômetro no sistema jurídico penal brasileiro**. 2016. Encontro de Iniciação Científica (Graduação em Direito) – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, TOLEDO. Presidente Prudente.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Maria Lélia Lima. Álcool versus direção automobilística. **Tropos**, Rio Branco, v. 1, n. 4, p. 3-13, dez. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAPÍTULO 11

A INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NA POLÍTICA E A IMPORTÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 13/05/2021

Cassiane de Melo Fernandes

Faculdade Barretos
Barretos-SP

<http://lattes.cnpq.br/4338400517652873>

<https://orcid.org/0000-0003-0319-2442>

Alexandre Sita de Matos

Faculdade Barretos
Barretos-SP

<http://lattes.cnpq.br/5106536595516018>

RESUMO: Este capítulo objetiva analisar a relação entre a influência das mídias sociais na política e a constitucionalização do direito à proteção de dados, para que se inclua no rol dos direitos e garantias fundamentais. Analisa, especialmente a evolução da internet que apesar de revolucionária e repleta de novas funcionalidades bem como mudar o modo em que a humanidade passou a viver, quando mal utilizada, ética e moralmente, fere e traz prejuízos diversos à população e à sociedade como um todo. Isso porque, as garantias constitucionais, em especial os direitos e garantias fundamentais anteriormente citados, são direitos direcionados à pessoa humana, com o objetivo de proteger os indivíduos do Estado. Discutir-se-á, portanto, essa relação da mídia em nos influenciar, e principalmente com a base de dados que os governos atuais vem se utilizando, da internet, trazendo riscos à nossa liberdade.

Logo, a importância da fundamentalidade do direito está exposta. Para que tal conclusão seja tomada, utiliza-se o método dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica. Referido método é o meio ideal para tratar de temas com uma ampla gama de discussões, principalmente pelo fato do Projeto de Emenda à Constituição. O tema, portanto, desta pesquisa se resume à verificar a necessidade de constitucionalização do direito à proteção de dados. Concluiu-se pela validade da hipótese de aprovação da PEC 17/2019, em tramitação.

PALAVRAS- CHAVE: Influência das mídias sociais. Internet. Direitos e garantias Fundamentais. Direito à proteção de dados.

THE INFLUENCE OF SOCIAL MEDIA ON POLICY AND THE IMPORTANCE OF CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT TO DATA PROTECTION

ABSTRACT: This research aims to analyze the relationship between the influence of social media in politics and the constitutionalization of the right to data protection, so that it is included in the list of fundamental rights and guarantees. It analyzes, in particular, the evolution of the internet, which, despite being revolutionary and full of new features, as well as changing the way humanity started to live, when misused, ethically and morally, hurts and brings different losses to the population and society as one all. This is because constitutional protections, especially the fundamental rights and guarantees mentioned above, are rights directed at the human person, with the objective of protecting the individuals of the State. Therefore, this relationship of the media

in influencing us will be discussed and mainly with the database that current governments have been using the internet, bringing risks to our freedom. Therefore, the importance of the fundamentality of law is exposed. For that conclusion to be taken, the deductive method is used, through bibliographic research. This method is the ideal way to deal with topics with a wide range of discussions, mainly due to the fact that the Constitution Amendment Project. The theme, therefore, of this research comes down to verifying the need to constitutionalize the right to data protection. It was concluded that the hypothesis of approval of PEC 17/2019 is still pending.

KEYWORDS: Influence of social media. Internet. Fundamental rights and guarantees. Right to data protection.

1 | INTRODUÇÃO

A relevância desta pesquisa se apresenta na medida em que as redes sociais ampliam as possibilidades comunicativas a tal modo que a influência dos grandes governantes passou a ser, além de mais fáceis, mais recorrentes. Apresentando o contexto histórico da influência das grandes mídias de comunicação na política e a importância de criação de barreiras para bloquear o sistema e deixá-lo o mais democrático possível.

Ou seja, traçar-se-á evolução histórica, com relação dos primórdios para os dias de hoje, passa por “a linha tênue entre ética e moral em face da democracia e os contratos sociais”, filosófico, trazendo uma visão macro e micro da sociedade, vai até “as leis que nasceram com condutas advindas da era digital e as relações ético-morais”, trazer a discussão da ética, moral e cultura de cada sociedade, relacionando-se com os motivos de políticos se beneficiarem com os meios de comunicação e para a sociedade não ter seu direito de voto, entre outros problemas, as leis que surgiram para proteção e finaliza com “a constitucionalização do direito à proteção de dados”, de modo a explicar todo o processo de constitucionalização de um projeto de emenda à constituição e demonstrar a importância de a PEC 17/2019 ser votada favoravelmente.

2 | O CONTEXTO HISTORICO

A evolução é inerente à humanidade e até mesmo com a comunicação não foi diferente. Antes da internet surgir, diversas foram as inovações da sociedade.

Dente elas, há se destacar a filosófica, que desde o início da história humana, pergunta-se sobre o indivíduo, o mundo e o que acontece nele. A maioria das respostas, no começo, eram fáceis e encontradas na religião. Tales de Mileto foi um dos primeiros filósofos gregos conhecido e buscava respostas racionais para questões sobre o mundo em que viveram. A partir dele, passaram a ter diversos pensadores que tinham suas próprias visões de mundo.

Ou então, Michel Foucault, que acreditava que o homem é uma invenção recente. A maneira em que pensavam o mundo era decorrente de conjuntos de regras fixadas na

sociedade em que vivem, ainda alegou que o homem pode estar perto do fim “como um rosto desenhado na areia da praia”. Nesse sentido, Kim analisou:

Foucault estava certo? Numa época de rápidos avanços na computação e nas interfaces homem-máquina, em que filósofos informados pela ciência cognitiva (como Daniel Dennet e Dan Wangner) questionam a própria natureza da subjetividade, é difícil não sentir que mesmo que o rosto continue rabiscado na areia, a maré está subindo de maneira preocupante (KIM, 2016, p. 303).

As escritas também influenciaram quando começaram. Um exemplo que perdura até o presente momento são os livros. Era um mecanismo de escrita que, num primeiro momento, eram poucos quem havia a capacidade de ler. Então, nesse sentido, quem escrevia, tinha, de certa forma, seu nicho, e claro, influenciá-los. Conforme:

A venda de livros era mais importante para alguns editores do que para outros. Três volumes, contudo, tornaram-se um formato-padrão – os volumes não eram todos do mesmo tamanho –, e isso era mais do que um grande número de potenciais leitores, bem menos do que os “milhões” de *Constable*, tinha capacidade de comprar. Dependia muito, portanto, da adoção por bibliotecas, dos saldos e, mais tarde no mesmo século XIX, de edições baratas, elas próprias em formato-padrão. Também dependia, é claro, dos níveis de alfabetização. Na Grã-Bretanha eles eram relativamente altos em 1850, vinte anos depois da primeira Lei de Educação Nacional, embora fossem mais elevados na Escócia (80%) do que na Inglaterra (60 a 70%). Naquela época a Suécia tinha a taxa de alfabetização mais alta da Europa (90%) e o Império Russo, a mais baixa (5 a 10%). A da França era de 55 a 60% e a da Espanha, de 25%. Nessas circunstâncias, a composição da poesia oral e a prática da leitura em voz alta em público continuaram naturalmente importantes tanto no Leste Europeu quanto nos países latinos (BURKE; BRIGGS, 2016, p. 138).

Ademais, Ferdinand de Saussure entendia a linguagem como sendo composta por sistemas de “signos”, os quais atuam como unidades básicas da linguagem. Por fim, afirmava que toda mensagem é composta de sinais e que “na vida dos indivíduos e da sociedade, a linguagem é um fator de importância maior do que qualquer outro”. (KIM, 2016, p. 223).

A tradução, também é uma das grandes evoluções. Como há diversos povos, cada qual com sua língua, e com o aumento do comércio na antiguidade, isso cresceu. Nesse sentido, há se falar nos livros, que sempre foram muito importantes na sociedade. A bíblia é um dos, senão o mais importante livro já distribuído e um dos fatos que o fez tão importante foi a tradução para que fosse possível uma maior disseminação.

Verifica-se que a tradução é importante para a democratização do acesso à informação. Na reforma protestante e contrarreforma um dos objetos discutidos foi exatamente a crítica acerca de muitos sacerdotes conseguirem ler a bíblia, mas fazer uma releitura, influenciando, assim, seus fiéis. Sem passar a verdadeira mensagem (que seria única e exclusivamente a de Deus). Nessa senda:

O número de romances publicados nesses países não refletia os níveis de

alfabetização da população. Tampouco refletia o grau em que pessoas instruídas eram capazes de ler textos em línguas de outros países. O italiano, por exemplo, era a segunda língua “moderna” de um inglês instruído, vindo atrás do francês, mas na frente do alemão. **A tradução era um meio de comunicação** (BURKE; BRIGGS, 2016, p 141, grifo nosso).

Do mesmo modo, Karl Marx e Friedrich Engels destacam a importância dos livros e da tradução do Manifesto do Partido Comunista e seus outros livros, cujo objetivo era disseminar seus conceitos e influenciarem com o espectro que rondava a Europa no pós-revolução Industrial. Como analisou BURKE e BRIGGS:

O mundo de Marx e Engels era mediado principalmente por livros e outras formas de material impresso, dentre as quais os livros de viagens, ampliando o espaço, os jornais, registrando o momento, e os catecismos, apresentando e respondendo a perguntas. Durante suas vidas, que precederam a primeira revolução comunista (bolchevique) no mundo, a de 1917 na Rússia, o número de livros sobre economia política, a maioria dos quais apresentando uma versão diferente da deles, cresceu enormemente, mas ainda era superado, em todos os países europeus, pelos livros de religião, desprezada por Marx e Engels como o “ópio do povo”. Mas mesmo numa era de eventos como a revolucionária Comuna de Paris de 1870, saudada por Marx e retrospectivamente exaltada por Lênin e pelos bolcheviques, os jornais não suplantavam panfletos, livros e periódicos (BURKE; BRIGGS, 2016, p. 138).

Ou seja, sempre houve necessidade e evolução, apesar das adversidades. Posto isso, mas em análise ao momento atual da sociedade, verifica-se que é impossível desligar-se dos aparelhos tecnológicos e os governantes estão na mesma sintonia, cujo objetivo é convencer a população, que em sua grande maioria, é hipossuficiente.

Portanto, a era digital é mais uma fase da humanidade em que as mídias de comunicação geram influência na política. E o consumidor da internet é hoje extremamente útil para análise de situações às campanhas políticas e tomada de decisões de parte dos políticos.

A internet, sem dúvidas, é um marco na humanidade. Foi criada nos anos 60, principalmente como ferramenta militar, para que houvesse a rapidez e flexibilidade na comunicação, visto que os Estados Unidos da América estavam na guerra fria contra a União Soviética, e necessitava de novas tecnologias. Conforme o entendimento de Luis Monteiro:

A internet atual surgiu de uma rede idealizada em meados dos anos 60, como uma ferramenta de comunicação militar alternativa, que resistisse a um conflito nuclear mundial. Um grupo de programadores e engenheiros eletrônicos, contratados pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, desenvolveu o conceito de uma rede sem nenhum controle central, por onde as mensagens passariam divididas em pequenas partes, que foram chamadas INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XXIV Congresso Brasileiro da Comunicação – Campo Grande /MS – setembro 2001 28 de “pacotes”. Assim, as informações seriam transmitidas com rapidez, flexibilidade e tolerância a erros, em uma rede onde

cada computador seria apenas um ponto (ou “nó”) que, se impossibilitado de operar, não interromperia o fluxo das informações (MONTEIRO, 2011, p. 27).

Com a chegada da tecnologia, a vida em sociedade se tornou mais prática. A internet, com o passar do tempo, tornou-se mais rápida, as pessoas passaram a ter contatos com qualquer um do mundo instantaneamente. E com a necessidade dos seres humanos em se comunicar, percebe-se a importância das redes sociais, que com a evolução, disseminação e democratização da internet e os aparelhos eletrônicos, o que se vê de uma forma em que todos passaram a ter alguma rede social nos próprios aparelhos celulares e isso fez com que a comunicação e a disseminação de informações aumentassem cada vez mais.

Muito por isso, várias redes sociais foram criadas. Alguns exemplos são: *WhatsApp*. Um aplicativo de mensagens instantânea, que é o mais utilizado no país. Com diversas funcionalidades, que vão desde troca de mensagens de texto, mensagens de voz, imagens, vídeos, ligação por áudio, além de audiovisual, entre outros. No Brasil ela é a mais popular no ramo, sendo usada por milhares de pessoas, independente de classe social. Nessa senda, verifica-se que é uma das mais perigosas, pois, pode ser replicada diversas imagens, vídeos ou notícias caluniosas.

Uma das mais utilizada e funcional neste momento é o *Facebook*, criado por Mark Zuckerberg, que, pouco tempo, começou a dominar as redes de todo o mundo, seja para conversar ou até mesmo buscar e compartilhar informações em páginas e publicações inseridas no meio. A plataforma já tem mais de 2 bilhões de usuários, alcançando cerca de um terço da população mundial. Sendo assim, ao acessar jornais que possuem páginas no Facebook, artistas, cantores e muitos outros.

Cada notícia ou acontecimento é repassada ao mundo todo em apenas um clique, podendo assim repassar sua opinião e compartilhá-la, gerando cada vez mais a disseminação, mas também notícias falsas e dúvidas. E é por essa razão que os governos se utilizam delas ao seu favor. Mostra-se, então, que a revolução tecnológica mudou de maneira radical mundo. E que a sociedade está em constante evolução para se adaptar a tais mudanças e com isso, acaba por esbarrar na linha da ética e da moral.

O direito não é diferente. Ele precisa acompanhar as evoluções sociais. Crimes como a invasão de privacidade tornaram-se rotineiros, sendo necessária a criação de leis. Além da recente inclusão do crime por conta de *Fake News*, algo novo e muito utilizado nas últimas campanhas eleitorais pelo mundo. Ou então, a lei 12.965/2014, chamada de Marco Civil da Internet é extremamente importante para garantias e direitos ao usuário. Bem como a LGPD “Lei Geral de Proteção de Dados” europeia, que foi a pioneira no âmbito de proteção aos dados dos usuários, e serviu de base para a nossa Lei 13.709/2018. Além disso, ela deixou mais claro e objetivo o direito à proteção de dados.

É nesse sentido que, adiante, tratar-se-á um pouco das relações humanas com a ética, moral, e as grandes mídias em um contraponto com a democracia, utilizando-se do pensamento dos contratos sociais, além do pensamento de Kant acerca da importância das

criações de leis.

3 | A LINHA TÊNUE ENTRE ÉTICA, MORAL E AS MÍDIAS EM FACE DA DEMOCRACIA

Conceituados e delimitados o contexto histórico, a evolução humana, da informática e das redes sociais, a presente pesquisa se vê pronta para trazer uma visão ampla da sociedade, relacionando o poder e influência da mídia, bem como de uma visão mais fechada, relacionando a internet e a interação social e as eleições de 2016 e 2018, com a ética e a moral humana. Ou seja, direitos entre Estado e sociedade, de modo a demonstrar a importância da criação e efetivação de leis protetoras.

A internet nos trouxe diversos avanços tecnológicos, ajudando em diversas áreas, como revolução do trabalho, estudo, medicina, o próprio direito com a informatização do processo digital.

Além desse ponto, vê-se que diversas publicidades e propagandas estão sendo bombardeadas para o público. Ocorre que publicidade e a propaganda têm diferenças, como bem analisados por Auriney Brito e João Victor Longhi:

Publicidade é genericamente definida como todo e qualquer meio que o fornecedor no mercado de consumo utiliza para promover sua atividade econômica [...]. Propaganda, por sua vez, tem o objetivo de divulgar ideias, conceitos. Ela se diferencia da publicidade, por não ter nenhum fim lucrativo direto (BRITO; LONGHI, 2014, p. 103-104).

Muitas das vezes pensam-se: como essa rede social sabe que eu quero comprar determinado produto? Isso se dá devido a alguns algoritmos criados para nos observar, coletar informações e distribuir publicidades e propagandas. Os políticos se aproveitaram disso, e com a revolução tecnológica, passaram a fazer campanha pela internet e suas diversas redes sociais. Mas, apesar da era digital tornar todo o mecanismo mais visível, sempre foi assim.

A moral e a ética são inerentes aos seres humanos, e as pessoas sempre utilizaram-se de todos os meios possíveis para atingir seu objetivo. Como foi na Alemanha Nazista, onde, Joseph Goebbels, ministro da Propaganda da Alemanha de 1933 à 1945, foi importante para ascensão dos ideais nazistas e sua perpetuação na sociedade.

No Brasil não foi diferente, e na mesma época, o país vivia a “época de ouro do rádio”, e Getúlio Vargas percebeu que as rádios poderiam exercer grande influência sobre a população e criou um programa político. Nesse sentido, Del Priore analisou o período da Era Vargas:

O governo descobriu a importância da rádio como instrumento de acesso à população e, em 1937, Getúlio deixou claro seu propósito de instalar em diversas cidades, receptores de rádio com alto-falantes para os brasileiros acompanharem o tema de interesse da nação. Nasceu o programa de

No cenário atual, a rádio perdeu forças, mas influência da internet é tão grande, que ao invés de buscar de forma manual ou manuscrita, é feita apenas com uma pesquisa no Google, seja qualquer tipo, tornando assim tudo mais fácil, ágil e acessível. Ocorre que nem tudo são flores nas redes sociais. Chega-se ao ponto de ter uma separação entre “vida real” (off-line) e “vida virtual” (on-line). A sociedade passou de uma sociedade “pesada e sólida” para uma “leve e líquida”, com um alto grau de fluidez, fazendo com que as coisas do cotidiano se tornassem livre de qualquer impedimento e a sociedade passasse a buscar cada vez mais a imediatidade (BAUMAN, 2001).

De tal modo que o direito é necessário para poder nos dar as diretrizes do que é mais justo, pois, como Kant pensava, o direito se impõe como uma ação exterior, concretizando-se no seu cumprimento, mesmo que as razões dos sujeitos que vivem na sociedade não sejam morais (MASCARO, 2009).

Ou seja, numa visão mais ampla, a mídia, por vezes, é manipulada pelos governos, ainda mais na modernidade líquida, em que tudo é muito rápido e fácil de ser espalhado, conforme se viu acima. Não há fronteiras nas redes sociais, os principais acontecimentos do planeta são rapidamente acessíveis pelo fato do mundo estar conectado. As pessoas de outros continentes mesmo que virtualmente estão mais próximas, podendo haver um convívio e uma interação social.

E, apesar do lado ruim da mídia conforme supracitado na pesquisa, essa disseminação de informações nas redes sociais contribui, também, de forma muito interessante na sociedade. Além disso, uma nova corrente de liberdade de expressão vem crescendo. Pois bem, diversos escritores analisam acerca das liberdades fundamentais, entre eles, Silva:

A liberdade de pensamento se manifesta de distintas maneiras, segundo o âmbito de atividade intelectual que se veja afetado pela opção coativa de determinadas opções. Deste modo, por uma parte temos a liberdade de opinião e de consciência, concebida como o direito de não ser molestado nem discriminado por adotar determinadas ideias ou crenças. E por outra, temos a liberdade de manifestação e de comunicação de tais ideias e crenças: no plano religioso, a liberdade de culto; no plano educativo e científico, a liberdade de ensino e no plano da comunicação pública, a liberdade de expressão (SILVA, 2000, p.111).

Em virtude de existir uma sociedade com uma discrepância imensa no âmbito econômico-social, sendo que pessoas de regiões mais afastadas e com pouco poder aquisitivo são extremamente beneficiadas com essa facilidade no acesso à informação.

A Lei de Acesso à informação tem uma influência extremamente positiva e ao ser editada, sua essência versa acerca da transparência governamental, ou seja, a população com essa evolução passou a ter uma fonte rápida, segura e objetiva ao que acontece ao seu redor.

Logo, visualiza-se que as redes sociais têm influência no conhecimento, sendo seu alcance imenso, uma vez que cada um expõe opiniões, seja elas políticas, econômicas e/ou sociais. Basicamente todas as pessoas que estão conectadas, tornando o ambiente mais democrático, uma vez que todos podem expor tudo o que pensam. Consequentemente houve um aumento no número de discussões. Nunca foi tão fácil espalhar a democracia, mas, também, nunca foi tão fácil disseminar a ideia de acabar com ela. Além disso, com tamanha facilidade e acessibilidade, até mesmo as empresas ganharam espaço nos meios virtuais como ferramentas para aumentar seus lucros e atingir o público-alvo.

Noutra senda, ao analisar as eleições dos Estados Unidos da América, em que Barack Obama utilizou-se muito bem dessa ferramenta, apesar de ainda não estar tão evoluída quanto os dias atuais, como para Brittany Kaiser:

Naquela época, o Facebook tinha pouquíssimos dos mecanismos que logo seriam colocados a serviço das campanhas eleitorais. [...] A página do perfil de Barack Obama, que eu criei, foi, portanto, transformada na primeira página 'institucional', um lugar onde políticos, músicos, atores e outras figuras públicas não podiam ter "amigos", apenas "curtidos" ou "seguidos" (KAISER, 2020, p. 152).

À época, ainda não havia a tão polemica coleta de dados pela rede social, sendo difícil realizar o rastreamento de todos os indivíduos passíveis ao convencimento.

A campanha de 2008 de Obama foi o berço de especialistas em dados políticos que mais tarde fundariam empresas como a *BlueLabs* e a *Civis Analytics*, e que reapareceriam na campanha de 2012 vendendo soluções digitais. Esses especialistas sabiam como fazer *onboarding* das propagandas no Facebook e otimizar o uso da plataforma pelos democratas, proporcionando uma experiência consistente entre a criação de conteúdo e envio de mensagens (KAISER, 2020, p. 155).

Criando, ainda, o slogan "Yes, we can", o qual foi feita uma música com diversos artistas norte americanos e se espalhando facilmente pelo eleitorado na internet.

Ou então, a eleição de Donald Trump, que se utilizou de todas as ferramentas possíveis das redes sociais, fazendo com que os dados das pessoas fossem tratados como algo extremamente importante e raro. Com explica a escritora Brittany Kaiser:

Compraram mais dados de mídias sociais de outros fornecedores, tornando o banco de dados o mais robusto possível. Foram bastante vagos em relação a de onde tudo aquilo tinha vindo, mas eu queria acreditar que não havia nada de ilegal ali. Quando todos os dados enfim estivessem em um único lugar, a modelagem poderia começar (KAISER, 2020, p. 218).

Durante a vigência da campanha eleitoral, atual presidente dos Estados Unidos, ainda, usufruiu de diversas notícias verdadeiras e falsas para confundir seu eleitorado e exercer uma influência aos eleitores chamados de "persuasíveis", ou seja, aqueles que ainda não havia escolhido em qual candidato votaria.

A empresa de análise, foi capaz de separar e identificar, no referido banco de dados,

os problemas de cada estado, município e de cada indivíduo. Eles também haviam criado um “mapa de calor”, com objetivo de aprimorar seu poder de persuasão.

Os mapas de calor incluíam a quantidade de eleitores persuasíveis nas áreas que ele precisava visitar, com quem a campanha especificadamente deveria estar dialogando e as principais questões a serem abordadas na mídia e em comícios. Após um comício, a equipe analisava as “medições de persuasão” e reagido a discurso ou uma parte de um discurso. Eles depois enviavam essas informações à equipe de criação, que transformava um trecho do discurso bem sucedido em propaganda (KAISER, 2020, p. 2019).

Portanto, restou-se analisado que o caso mais problemático aconteceu nas eleições de 2016 nos Estados Unidos da América. Tal empresa, *Cambridge Analytica* utilizou-se do *Facebook* para coletar dados dos cidadãos estadunidenses em prol da campanha Trump. De forma invisível, a empresa criou três tipos de perfil, sendo que o mais importante era daqueles eleitores que ainda não havia candidato definido, os chamados “persuasíveis”, como no tópico supracitado. Gerando, assim, um valor como nunca vistos para dados pessoais. Outro ponto analisado são as “*Fake News*”. Muito utilizadas para criar falsas verdades em relação ao outro candidato, abalando toda a estrutura democrática.

O Brasil, por sua vez, passa por uma revolução cultural que se expandiu pelas redes sociais, fazendo com que a notícia se espalhe por cada canto do país e o Whats App tem grande participação nisso. Pelo fato de grande parte da sociedade, independente de idade ou qualquer tipo de classe, terem seu aplicativo instalado em seus telefones celulares.

Um ponto importante nesse sentido foram as manifestações que ocorreram em 2014 e 2015 no Brasil, as quais mostraram a força e a importância da liberdade e da disseminação de informações pelas redes sociais.

Nos mesmos moldes de Trump, Jair Messias Bolsonaro utilizou-se das *fake News* para garantir um maior número de votos. Muito utilizadas nas eleições em 2018 no Brasil, onde, o presidente eleito, foi ligado diretamente a disparos de “*Fake News*” via *WhatsApp*, aplicativo que foi comprado pelo *Facebook*. Há se falar que o aplicativo foi um fator determinante para conseguir distorcer a realidade ao ser favor, sendo que cerca de seis 120 milhões de brasileiros foram bombardeados com notícias falsas.

Uma ferramenta existente no aplicativo e que foi extremamente é a lista de transmissão, que consegue enviar uma mensagem para diversos contatos de uma só vez. Ou seja, bastava criar a falsa notícia, com intenção principalmente de difamar os outros candidatos e com um clique chegar as pessoas. Além disso, havia o encaminhamento de mensagens.

Após o escândalo, o aplicativo de mensagens reconheceu o envio ilegal e a influência dele no processo eleitoral em países como Índia, Indonésia e no Parlamento Europeu. O gerente de comunicação da empresa disse que no Brasil era esperado pelo fato da população utilizar-se muito do aplicativo como fonte primária de troca de mensagens bem como a bipolarização e a crise política que estava vivendo.

Ainda, no que se refere à essa bipolaridade e as eleições de 2018, o candidato Fernando Haddad, foi condenado ao pagamento de multa no valor de R\$ 176.515,18 (cento e setenta e seis mil, quinhentos e quinze reais e dezoito centavos). por impulsionamento de conteúdo com propaganda negativa contra seu oponente, hoje presidente, Jair Bolsonaro.

Por fim, a FGV (Fundação Getúlio Vargas) concluiu um levantamento que os “robôs” que ficam clicando e massificando postagens nas redes sociais, para criar um falso apoio em massa, foram responsáveis por 10% do engajamento do debate de conteúdo político ainda em 2014. Já a *Avaz*, organização de mobilização online, concluiu que 98% dos eleitores foram expostos a notícias falsas em 2018, e a maioria achou que fossem verdadeiras.

Ao ser perguntado sobre a real intenção e porque as “*Fake News*” são tão populares, Noam Chomsky, filósofo contemporâneo, afirma que:

A intenção é bastante clara: enganar, induzir ao erro e controlar. As *Fake News* são populares entre as pessoas que, muitas vezes por bons motivos, percebem o poder estabelecido como hostil e se sentem vitimadas pelas políticas prevaletentes. Consequentemente, elas desconfiam do que vem das fontes da elite e procuram por algo que possam interpretar como favorável aos seus interesses e suas atitudes (CHOMSKY, 2018, online).

Nesse sentido, o direito é necessário para poder nos dar as diretrizes do que é mais justo, pois, como Kant pensava, o direito se impõe como uma ação exterior, concretizando-se no seu cumprimento, mesmo que as razões dos sujeitos que vivem na sociedade não sejam morais (MASCARO, 2009).

Dessa forma, ao relacionarmos à época antiga com a nova era da internet, deve-se criar e obter leis que venham somar ao favor da sociedade como um todo.

Nesse ponto, há se falar na extensão dos direitos fundamentais relativos à vida, à liberdade, à honra, à intimidade e, claro, o objeto discutido na presente pesquisa, a constitucionalização do direito à proteção de dados. E valorizar, não apenas os contratualistas, mas também Kant, como idealizadores da importância das leis.

4 | AS LEIS QUE NASCERAM COM CONDUTAS ADVINDAS DA ERA DIGITAL E AS RELAÇÕES ÉTICO-MORAIS

Agora com o contexto histórico, a visão de ética e moral, a sociedade e suas invenções, bem como o entendimento de que a sociedade, durante sua evolução política, necessitou e buscou de criação de leis, passamos à evolução do direito na internet, trazendo, por conseguinte, uma explanação inicial, passando por direitos, deveres e garantias, para então adentrar às leis que surgiram com as condutas sociais na tecnologia e por fim tratar da Lei Geral de Proteção de Dados.

A revolução da informática nos últimos anos geralmente não é apenas um simples fenômeno isolado, e sim está provocando mudanças na ordem econômica mundial no sentido do estabelecimento de uma nova divisão internacional do trabalho. Os avanços

no setor da Informática exigiram envolvimento de inúmeras empresas, ainda mais agora com a LGPD, em que forçará as empresas a inovarem totalmente o seu *modus operandi* (PAESANI, 2009).

Mas esses grandes avanços não surgiram de forma pacífica, impérios emergiram e outros ruíram à medida que a tecnologia e os gostos do mercado foram mudando. Essa guerra da informática já teve muitos lances nos tribunais em disputas nada éticas, como será novamente citado abaixo na presente pesquisa, apesar de a internet ser algo extraordinário, nem sempre tudo é utilizado para o bem (PAESANI, 2009).

Mostra-se, também, que nem tudo em uma evolução é para o bem. A própria internet e as redes sociais, que foram criadas para nos aproximar, o que se observa é a liberdade que ela nos deu, acabou nos separando. Os governos se aproveitaram disso utilizando-se da tática citada por Maquiavel em seu livro *A arte da Guerra* conhecida como dividir para conquistar:

Deve um **capitão, em todas as demais ações, com toda arte e engenho, dividir as tropas do inimigo, ou fazendo-o suspeitar dos seus homens de confiança, ou dando-lhe motivos para separar seus homens e, assim, enfraquecê-lo [...]** Alguns, para dividir as forças inimigas, deixaram que elas entrassem em seus territórios e, como prova disso, permitiram que pilhassem muitas terras para que, deixando sentinelas aí, diminuíssem suas forças; assim as enfraqueciam, atacando-as e vencendo-as (MAQUIAVEL, 2006, p. 113, grifo nosso).¹

A polarização do cenário político atual é a prova disso e já foi tratado acima. No Brasil isso era evidente desde 2014 e as redes sociais foram importantes nesse processo. As campanhas de Dilma e Aécio se potencializaram e tornaram-se acaloradas. O partido da candidata estava rumo ao quarto mandato e o político contrário visava combatê-lo.

No fim, foi a eleição presidencial mais acirrada da história, sendo que a então atual presidenta foi eleita com 51,64% dos votos. Contudo, o cenário político do país estava a beira de um caos completo, gerando, assim, um impeachment. No cenário geopolítico mundial também sempre houve essa polarização. Por exemplo, governo estadunidense acusou uma agente russa de utilizar as redes sociais ilegalmente. O departamento de justiça chamou de “guerra de informação”. Alegando que o próprio governo Russo implantou “*Fake News*” nos EUA.

Buscando caminhos para não deixar o cenário piorar, a lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.925/2014), com seus 32 artigos, princípios, garantias, direitos e deveres aos usuários diretamente vinculadas a manifestações dos indivíduos, como exemplo, a neutralidade de rede, a qual, consiste em democratizar a qualidade e velocidade da internet; como a liberdade de expressão, garantindo aos usuários o direito de se expressar,

¹ Deve ser feita aqui uma ponderação quanto ao ano. O livro originalmente é uma obra anterior à 1800, de modo que fora encontrado e disponibilizada pela *Le Livros* na data de 2006, “com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.”

sendo necessário uma determinação judicial para excluí-la; e a privacidade do usuário. A lei prevê que as informações dos usuários não podem ser vendidas às empresas, sem prévia autorização bem como assegura o sigilo nas comunicações. Ou então, como exemplo, a liberdade de expressão veio limitar aquele pensamento de que a internet é “terra de ninguém” mas sendo de suma importância em relação a garantias para o usuário. Além disso, foi a resposta do governo após escândalos de espionagem.

Para Scherkerekewitz (2014, p. 47): “O Marco Civil da Internet é a “Constituição” da internet, ou seja, é a Lei que traça as diretrizes, as normas fundamentais da Rede no Estado Brasileiro”.

Referida lei procura organizar todos os parâmetros jurídicos possíveis, desde a comunicação social ou então direitos e deveres fundamentais da pessoa humana por meio de uso de computadores, como é o pensamento de Celso Antonio Fiorillo:

[...] procura de qualquer forma tentar organizar parâmetros jurídicos específicos no âmbito infraconstitucional destinados a tutelar o conteúdo da comunicação social e mesmo dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana por meio do uso de computadores (FIORILLO, 2015, p. 17).

Assim, para entender o objetivo da lei, basta ler o primeiro artigo do referido *códex* nacional em vigor: Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (BRASIL, 2014).

Ainda, tem-se a necessidade da proteção dos dados da sociedade, desde os já garantidos pela constituição, como o da honra e privacidade, liberdade, entre outros e os que deveriam ser constitucionalizados, como o direito à proteção de dados, para garantir um dos maiores atos da democracia: o direito ao voto. E manter a tão batalhada e desejada democracia.

Posto isso, uma das mais recentes e importantes, a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/2018, com clara influência da “GDPR – *General Data Protection Regulation*” da união europeia, sendo de suma importância em relação a garantias para o usuário como dito anteriormente.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, diferentemente da *General Data Protection Regulation* firmada na união europeia, não trouxe expressamente a constituição do poder da possibilidade do agente que possui dados pessoais armazenados por empresas a serem utilizados somente se necessários, e caso essas informações não sejam relevantes, não poderão estar disponíveis em qualquer sistema, conforme seu artigo 50.

Sendo que o próprio sistema proporciona a alteração, exclusão ou retificação de dados, em virtude de haver a possibilidade de estarem desatualizados inseridos por engano. Para isso, a Corregedoria Geral de Justiça concede determinados níveis de criticidade para os usuários e a autoridade competente para fazer o manuseio dessas informações registradas e que todos esses dados terão inclusive o armazenamento do login competente

autorizado por realizar a operação, assegurando que, em caso de exclusão de dados irrecuperáveis, existe a opção de se percorrer todo o caminho a fim de se descobrir e punir o responsável.

Ou seja, a Lei apesar de não ser tão ampla quanto sua referência, traz um cenário com uma segurança jurídica, cuja definição e conceitos passaram a ser mais específicos e o cidadão passou a entender o que significa seus dados.

Além disso, há penalidades rígidas para falha de segurança e caso ocorra vazamento dos dados, tem de haver transparência, para seus usuários serem avisados. Como há a influência da união europeia, a LGPD brasileira tem abrangência extraterritorial.

5 | A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS

Posto tudo isso, agora é o local onde, de fato, discutir-se-á o tema proposto. Já se analisou o contexto histórico e influência das mídias sociais na política. Já se estudou visões macro e micro da relação social, bem como a importância de efetivação de leis que protegem a sociedade, e já se discutiu a relação entre referidas garantias e deveres sociais com a ética, moral e cultura das sociedades, com os motivos governantes de antes e de atualmente se beneficiarem com os meios de comunicação.

Nesta esteira, é a presente seção para se estudar as principais nuances que envolvem os direitos fundamentais. O professor Flávio Martins, se pergunta, “como identificar a fundamentalidade” de outros direitos constitucionais. Nesse sentido, afirma: “Entendemos que **o principal critério para a identificação desses outros direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana.**” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 605, grifo nosso).

O direito à proteção de dados pessoais no País encontra-se tutelado na Constituição Federal da República, a partir da leitura e interpretação dos artigos 1º, III; 3º, I e IV, 5º, X, XII e LXXII.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência já reconhecem que o direito à privacidade vai além da proteção à vida íntima do indivíduo, mas também de seus dados pessoais, visto que estes exprimem uma abrangente projeção da personalidade humana (TABET, 2019).

Nesse sentido, há se falar na importância de o Congresso Nacional solucionar o problema existente entre a necessidade de evolução e a legislação. Nesse sentido, em julho de 2019, a PEC 17/2019 que versa acerca da constitucionalidade desse direito, que acrescentaria o inciso “XII-A”, ao artigo 5º e o inciso XXX, ao artigo 22, ambos da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e, ainda, fixar a competência privativa da União para legislar acerca da matéria.

Foi proposta pelo senador Eduardo Gomes (MDB-TO) e aprovada por 65 favoráveis votos em primeiro turno e 62 favoráveis no segundo turno e em julho de 2019 foi remetida à câmara dos deputados. Referida proposta foi relatada pela Senadora Simone Tebet, que

afirmou:

Constitucionalizar a questão significa o Estado dizer que reconhece a importância do tema, classificando esse direito à proteção de dados como fundamental. Ou seja, o Estado, a sociedade, o cidadão, podem ter direito, como regra geral, ao conhecimento do outro, desde que haja realmente necessidade. Do contrário, é preciso preservar ao máximo a intimidade e a privacidade dos dados (TEBET, 2019, Online).

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), em seu artigo 1º dispõe que a lei versa sobre o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A Lei do Marco Civil da internet, prevê:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, **deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros** (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Porém, além delas, o ordenamento jurídico já dava diversas proteções desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A união europeia, por sua vez, foi pioneira na regulamentação da lei e isso gerou efeitos no mundo todo. Dada a relevância do bloco europeu, das relações decorrentes da internet, e da própria natureza dos dados pessoais e sua capacidade de dispersão, o GDPR, tornou-se, de fato, referência mundial (TABET, 2019).

Os Estados Unidos, que têm por tradição prezar pelas liberdades individuais, tem se baseado em várias leis e códigos esparsos. Entretanto, os cidadãos americanos têm a garantia da proteção da privacidade (*right to privacy*), baseada principalmente na Quarta Emenda de sua Constituição (TABET, 2019). Na América Latina, o Chile foi o primeiro a inaugurar, em 1999, a discussão entre os países latinos, seguido da Argentina, Uruguai, Paraguai e México. O Brasil, na contramão do mundo, enfrentou enormes dificuldades sobre o tema, em razão da escassa normatização a respeito (TABET, 2019).

O Brasil, por sua vez, já tinha a previsão na lei do Marco Civil da Internet, na Lei do Cadastro Positivo, na Lei de Acesso à Informação, no Código de Defesa do Consumidor. Ocorre que em ambas era tratada de forma sem muita objetividade em relação aos critérios que hoje são considerados para determinar o mínimo de segurança. Então, A LGPD brasileira padronizou e tornou mais objetiva todos os direitos aos usuários. (PINHEIRO, 2019).

E apesar de já termos um arcabouço legislativo infraconstitucional, com as leis supracitadas, que dispõem sobre o tratamento dos dados pessoais e representam um caminho sem volta, no sentido de conferir maior proteção ao tratamento de dados pessoais, é necessário prever tal garantia no texto constitucional (TABET, 2019).

Tal é o entendimento da Relatora Simone Tabet:

Assim, a PEC nº 17, de 2019, ao inserir a proteção dos dados pessoais no rol das garantias individuais - ao lado de direitos fundamentais consagrados - garante, ainda, a certeza jurídica que se faz premente em uma sociedade abarcada por conflitos sociodigitais e por uma legislação ainda incipiente sobre o tema.

Na mesma linha de raciocínio, a proposta visa, ao incluir o inciso XXX no art. 22 da Carta Magna, conferir à União a competência privativa para legislar e uniformizar o regramento a ser dado ao assunto, tendo em vista que a matéria é de interesse de toda a sociedade brasileira, ao passo que encontra-se perfeitamente alinhado com o comando constitucional de formulação das normas de direito civil.

O empenho na aprovação desta proposta reafirma o compromisso do Brasil no que se refere à proteção de dados pessoais, aproximando nosso país das melhores legislações internacionais sobre o tema (TABET, 2019, p. 6).

Diante de todo o exposto, verifica-se que constitucionalização do direito à proteção de dados seria uma conquista grande para toda a sociedade, pois, seria a efetivação do direito naquela que é o norte e a fonte da legislação vigente. Além de que já a constituição já protege a privacidade, intimidade, honra e a imagem.

Traria, ainda, um sentimento real liberdade, já que os últimos experimentos trouxeram uma sensação que se perdeu até mesmo um dos mais importantes direitos: o de voto, pois, fomos vendidos por grandes empresas aos governos e necessitamos da proteção.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os objetivos do trabalho foram alcançados, visto que era relacionar a influência dos meios de comunicação na política e a importância da constitucionalização do direito à proteção de dados. Essa relação se deu aos poucos, com o início dos objetivos específicos, em que houve todo o contexto histórico, a função da mídia na sociedade, ética, moral e cultura, bem como a evolução das leis conforme a necessidade.

E o momento histórico atual nos mostra a necessidade da aprovação da PEC 17/19, pois, com a evolução informacional, internet das coisas e revolução 4.0, quando utilizada de maneira ruim, há ofensas e prejuízos à sociedade, de modo que, alterar a constituição federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais tornou-se extremamente necessária, para que não haja roubo de dados pessoais.

O primeiro tópico trouxe todo o contexto histórico, desde a evolução humanam, em relação à sua comunicação em sociedade, os idiomas, a troca de informações, entre outros. Bem como o marco histórico da internet, que revolucionou completamente toda a interação humana. Ainda, há se falar na evolução das redes sociais em si, quando a internet foi evoluindo. Já o segundo tópico, trouxe a função da mídia na sociedade, que, conforme estudado, já foi considerado como um “quarto poder”. Nesse sentido, verificou-se

que foi importante, por vezes influenciador a toda a humanidade.

O terceiro tópico, por sua vez, fez uma relação extensa entre as relações humanas e as leis que foram criadas com a evolução da internet. Vimos que foram diversas, que vão desde a transparência governamental (como a Lei de Acesso à Informação), ou então a lei Carolina Dieckman, essa que regulamentou a tipificação criminal, ou a Lei do Marco Civil da Internet, que regulamentou e mudou o modo de vincular os usuários com a internet, organizando parâmetros jurídicos, a Lei de Informatização do Processo Judicial, para reduzir a morosidade processual de nosso judiciário. E, claro a GDPR, da União Europeia, que influenciou a nossa Lei Geral de Proteção de Dados.

O último tópico trouxe o final do título do trabalho, ou seja, a constitucionalização do direito à proteção de dados. A PEC é uma forma de modificar a constituição. Ou seja, foi necessário trazer todo o referencial teórico completamente delineado, e para que essa conclusão fosse alcançada, utilizou-se do método dedutivo por meio de pesquisa bibliográfica, uma vez que tal meio de desenvolvimento possibilita um amplo alcance aos dados que envolvem a temática.

Desta forma, a presente pesquisa buscou se posicionar em defesa da PEC 17/2019, para que se inclua no rol dos direitos fundamentais, com o entendimento de que ampliar seu rol significa aumentar seu espectro protetivo, porquanto incluso em um Estado Democrático de Direito que se funda na dignidade da pessoa humana e para que não perdemos até mesmo um dos mais importantes direitos: o de voto. E, além disso, veio para que seja dada a devida proteção em que os dados pessoais dos cidadãos necessitam, portanto, que ocorra a Constitucionalização do Direito à Proteção de Dados Pessoais, de modo que a sua utilização indevida passe a reduzir a Influência das Mídias Sociais sobre a sociedade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei do Marco Civil da Internet** (2014). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados** (2018). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRITO, Auriney. LONGHI, Victor Rozati. **Propaganda eleitoral na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BUCKINGHAM, Will. **O Livro da filosofia**. Trad: Douglas Kim. São Paulo: Globo Livros, 2016.

BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. **Uma História social da mídia, de Gutenberg à internet**. Trad. Maria Carmelita Pádua Dias. Blackwell Publishing Ltd., de Oxford, Inglaterra, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788537815922>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CHOMSKY, Noam. **ENTREVISTA COM NOAM CHOMSKY**. Entrevista concedida a: MONERAT, Alessandra, *et al.* Estadão, Disponível em: <https://infograficos.estadao.com.br/focas/politico-em-construcao/materia/entrevista-politicos-usam-midias-sociais-para-o-bem-e-para-o-mal-diz-filosofo-americano>. Acesso em: 27 ago. 2019.

DEL PRIORE, Mary. **Histórias da Gente Brasileira**. Volume 3: República – Memórias (1889-1950). Rio de Janeiro: Leya, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Marco Civil da Internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação**: Comentários à Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

KAISER, Brittany. Manipulados. **Como a Cambridge Analytica e o Facebook Invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque**. Trad. Roberta Clapp, Bruno Fiuza. 1ª ed. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020.

LISBOA, Roberto Senine, PAESANI, Líliliana Minardi, coordenadora *et al.* **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **A ARTE DA GUERRA**. Trad. Eugênio Vinci de Moraes, LePM Pocket, Lê Livros.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MONTEIRO, Luis. INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação **XXIV Congresso Brasileiro da Comunicação** – Campo Grande /MS – set. 2001.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611430/cfi/4/4/2@100:0.00>. Acesso em: 24 out. 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHERKEREKEWITRX, Isso Chaitz. **Direito e Internet**. São Paulo: RT, 2014.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e direito penal no Estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

TABET, Simone. **Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA**, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019, do Senador Eduardo Gomes e outros, que acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7954439&ts=1594003895595&disposition=inline>. Acesso em: 15 nov. 2020.

REFÚGIO POR MEDO: UMA REFLEXÃO EXPLORATÓRIA SOBRE MIGRAÇÃO BASEADA NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 04/05/2021

Thiago Opolski

Mestrando em Direito e Sociologia em
Universidade Federal Fluminense (PPGSD/
UFF)

Niterói-RJ

<http://lattes.cnpq.br/2390108904490775>

Ana Maria Motta Ribeiro

Professora Associada da Universidade Federal
Fluminense (PPGSD/UFF)

Niterói-RJ

<http://lattes.cnpq.br/7866939328153617>

RESUMO: A migração e o refúgio podem ocorrer por diversos motivos, um deles é em razão de perseguições ou ainda pelo fundado temor motivado pela orientação sexual. Atualmente 69 países criminalizam a homossexualidade com penas de privação de liberdade ou até mesmo com a pena de morte. Para se compreender como ocorre essa discriminação por parte dos países e quais os interesses estatais, importante refletir seus aspectos através das obras dos autores clássicos da sociologia.

PALAVRAS-CHAVE: Refúgio; migração; criminalização da homossexualidade.

ABSTRACT: Migration and refuge can occur for several reasons, one of which is due to persecution or the well-founded fear motivated by sexual orientation. Currently 69 countries

criminalize homosexuality with sentences of deprivation of liberty or even with the death penalty. In order to understand how this discrimination occurs on the part of the countries and what are the state interests, it is important to reflect its aspects through the works of the classic authors of sociology.

KEYWORDS: Refuge; migration; criminalization of homosexuality.

1 | INTRODUÇÃO

Atualmente 69 países consideram crime a homossexualidade, sendo aplicadas penas restritivas de liberdade e pena de morte em vários lugares.

Esta situação faz com que muitos solicitem refúgio com base no fundado temor de serem mortos ou perseguidos em razão de sua orientação sexual.

Assim sendo, importante verificar como é realizada a solicitação de refúgio em nosso país, bem como quais são suas dificuldades para os solicitantes homossexuais.

No que tange aos interesses estatais em regular a vida sexual individual da sua população, aparentemente se demonstra amparada em valores conservadores, patriarcais e na lógica colonial.

Para tanto, faremos uma reflexão sociológica de autores clássicos da sociologia, tais como Marx, Weber e Durkheim para tentar compreender alguns aspectos da migração por

orientação sexual.

2 | REFÚGIO

A migração pode ser entendida como o deslocamento de pessoas do seu país, cidade ou região para outros lugares que pode ocorrer por diversos motivos, tais como guerras, crises econômicas, violações de direitos humanos, transformações ambientais, sociais, culturais e outros.

Além dessas causas, o medo também estimula esses deslocamentos, como é o caso da violência relacionada a orientação sexual.

Neste trabalho, o medo está relacionado a liberdade, conforme definido por Thomas Hobbes :

uso da expressão livre arbítrio não é possível inferir qualquer liberdade da vontade, do desejo ou da inclinação, mas apenas a liberdade do homem; a qual consiste no fato de ele não deparar com entraves ao fazer aquilo que tem vontade, desejo ou inclinação de fazer. O medo e a liberdade são compatíveis: como quando alguém atira seus bens ao mar com medo de fazer afundar seu barco, e apesar disso o faz por vontade própria, podendo recusar fazê-lo se quiser, tratando-se, portanto, da ação de alguém que é livre (HOBBS, 1983. p. 73).

O medo, principalmente aquele relacionado a morte é o que configura e determina a vida humana. Muito pior é o medo contínuo e o perigo de vir a sofrer uma morte violenta (HOBBS, 1983).

A criminalização da homossexualidade se define, basicamente, pela negação do Estado como instância considerada superior na gestão da vida social na sociedade burguesa contemporânea em tratar a orientação sexual como uma escolha individual, e colocando-a então enquanto necessidade coletiva submetida a controle, por assumir, ideologicamente, que a “heteronormatividade” é a única forma de normalidade reconhecida e aceita.

Cabe perguntar então, em que medida essa condição, abraçada pelo positivismo como estatisticamente aceita, não representaria nada mais do que uma imposição concreta do capital, do patriarcalismo e do colonialismo, hegemônicos, sobre os corpos individuais na sociabilidade dominante, a qual seria desenhada considerando a domesticação por interesse como imposição disfarçada para aturar contra e acima de desejos, identidades, pulsões e escolhas livres de cada um. Iludindo a imposição, confundindo-a com a naturalização referenciada em valores morais adequados e até religiosamente respaldados.

O agir acima e apesar de toda e qualquer forma de realização legítima dos desejos e identidades individuais terminam por colocar o Estado como uma determinação externa e coercitiva sobre as vontades pessoais e apresentada culturalmente como aparentemente “necessária para o bom viver em sociedade”.

Assumindo então, que seria determinante uma autoridade externa e superior acima da vida social a existência de um Estado acompanhado de um direito hegelianos como possibilidade pensada para a constituição de uma sociedade saudável, harmônica e ordenada como condição de “liberdade” da maioria. Sem mencionar, é claro, a quem essa ordem repressiva pode servir, tendo em vista a exploração do trabalho humano pelo capital historicamente datada.

Partindo desses pressupostos teórico argumentativos é que definimos aqui neste artigo em que medida entendemos quando a criminalização da orientação sexual ideologicamente determinada (isto é escondendo a sua condição concreta pela manipulação) torna-se uma forma de impedimento da liberdade sexual e pode ser concebida como um fetiche que desenvolve temor real e efetivo nos indivíduos quando e em razão das punições aplicadas por certos países que chegam a ponto de incluir a pena de morte como penalidade.

Neste sentido, então, a maior questão torna-se relacionada a recuperação histórica desse tipo de interesse hegemônico burguês, patriarcal e colonial que é sustentado por certos países que chegam ao ponto de materializar a dimensão ideológica antissocial que recai sobre a maioria dos indivíduos e criminaliza de modo agressivo suas escolhas pessoais – sobretudo as concernentes a seus desejos sexuais particulares – a ponto de pautá-los, estranhamente, como uma “questão de direito criminal” e uma “questão de Estado”.

E o ponto mais significativo dessa problematização crítica que aqui apontamos refere-se a consideração de que na atualidade, a sociedade humana tem sido cada vez mais coisificada e tem criado, paradoxalmente e em sentido contrário ao avanço tecnológico que produz – modos cada vez mais moralistas e conservadoras quanto a concepção da reprodução da vida. Combinando, em princípio, o conservadorismo das regras reguladoras da reprodução da vida da maioria, em sentido contrário ao distributivismo da riqueza social para a minoria que adquire esse conforto sem qualquer critério moral, mas que precisa da domesticação repressiva dos demais em relação aos quais necessita oprimir para que possa usufruir.

Neste sentido a recuperação histórica da formação da própria sociedade burguesa ganha relevância, em especial considerando-se a tolerância que praticam quanto as escolhas pessoais de seus pares quando escolhem viver abertamente sua homossexualidade.

Não por acaso vemos diante de nossos olhos em que medida, sendo rico, pode-se contornar a criminalização, enquanto sendo parte da maioria não proprietárias dos meios de produção a lei que criminaliza funciona e atua. Além disso, apesar de todo avanço cultural universal da sociedade contemporânea, nenhum dos países que criminaliza a orientação sexual pode ser colocado dentro do grupo de países de “primeiro mundo”. Por isso urge retomar uma reflexão histórica acerca da gênese da própria burguesia ainda que focando num tema recortado e especificamente situado em termos de individualidade

dentro da sociedade global.

Vale destacar então algumas das análises de Hobsbawm (1995). Quando ele estuda a questão da busca de refúgio em outros países fora de seu lugar de origem, como opção radical pela sobrevivência a partir dos eventos da segunda guerra mundial. O pesquisador mostra como a busca de refúgio representou o deslocamento de aproximadamente 40,5 milhões de pessoas para diversos países em razão das violências e perseguições vivenciadas durante esse período, o qual demonstrou a necessidade de inclusão do direito de asilo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que passou a ser autorizado de forma internacional para garantir proteção a pessoas que fossem vítimas de perseguição em seu país de origem.

Em 1951, a Organização das Nações Unidas (ONU) através da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados estabeleceu o conceito de *refugiado*, bem como garantias internacionais a eles.

Na declaração apenas abordava sobre o direito de asilo, sendo que nessa convenção foi elaborado o conceito de refúgio e incluiu diversas situações possíveis de perseguições. De acordo com o documento, são refugiados as pessoas que se encontram fora do seu país por causa do *fundado temor* de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em “grupos sociais”, e que não possa ou não queira voltar para casa.

O *fundado temor* mencionado na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados tem conceito limitado no conteúdo deste documento, cabendo aos julgadores de cada país analisarem se o solicitante de refúgio realmente está sofrendo com a situação.

Dessa forma, não apenas os casos de violência e perseguições devidamente demonstrados foram abarcados pela legislação, mas também as situações onde o solicitante estiver com medo devidamente demonstrado de que algo ruim possa acontecer com ele em razão das situações específicas previstas.

Assim sendo, importante analisar o *fundado temor* para compreender como esse requisito pode ser avaliado pelos órgãos responsáveis pela concessão de refúgio.

O *fundado temor* é composto pelo temor subjetivo e temor objetivo. O temor subjetivo se demonstra através do estado psicológico do solicitante que se traduz em medo, aflição e pavor na situação em que está vivenciando. O temor objetivo é a comprovação de que a permanência no local de origem do solicitante é insuportável ou possa vir a ser caso ele retorne.

Pela análise do *fundado temor* se verificam questões psicológicas individuais do solicitante, as condições objetivas do país de origem, bem como se ele é capaz de assegurar a proteção necessária apresentada naquela situação.

Importante destacar que em razão da segunda guerra mundial, a Convenção estabelecia a proteção aos casos de deslocamento ocorridos até janeiro de 1951. Entretanto, mesmo após esse período, as imigrações continuaram ocorrendo em vários

locais do mundo por diversos motivos.

Sendo assim, foi elaborado o Protocolo de 1967, ampliando a proteção para todos os casos de imigração ocorridas em qualquer tempo e lugar.

No que se refere a categoria de pertencimento a “grupo social” previsto na Convenção, a partir da década de 1980, alguns países passaram a utilizá-la para garantir refúgio com base em perseguições motivadas pelo gênero, orientação sexual e identidade de gênero.

Ocorre que os países fizeram uma interpretação do que seria o “grupo social”, pois não havia nenhum documento ou legislação que abordasse quais casos poderiam se enquadrar nessa categoria.

O enquadramento das situações possíveis foi estabelecido em 2002 pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que se trata de uma Agência da ONU que cuida da proteção e presta auxílio em quaisquer dificuldades que os refugiados possam ter. Através dessa reunião de especialistas em imigração e refúgio com o objetivo de oferecer uma orientação legal de interpretação para os trabalhadores do direito. Assim, a diretriz nº 2 de 2002 estabeleceu que na categoria “grupo social” estão incluídas mulheres, famílias, tribos, grupos profissionais e homossexuais.

Uma das situações relacionadas a perseguição de “grupos sociais” é aquela baseada no gênero, ocorrida contra mulheres em casos de violência doméstica.

Para que consiga refúgio em países como o Canadá e Estados Unidos, a solicitante deve demonstrar a perseguição sofrida ou o fundado temor de vir a sofrer perseguições ou violências pelo seu companheiro, e ainda, será verificado se o local onde a mulher reside não garante a proteção necessária para ela.

Nesse caso, o medo deve ser demonstrado pela solicitante de refúgio para se comprovar que ela realmente corre sério risco de que algo ruim aconteça com ela.

De acordo com a professora de direito da Universidade de Toronto-Canadá, Audrey Macklin, em sua palestra sobre violência de gênero no V Curso de Verão, informou que no Canadá esse tipo de refúgio é problemático por que como o país possui altos índices de violência doméstica e nem sempre o governo pode oferecer proteção por esse motivo. (Macklin, Audrey. *Et all*, 2019)

Portanto, o Canadá adota um padrão de verificação para autorizar o refúgio que analisa a própria realidade do país, pois se eles também possuem problemas de violência doméstica isso demonstra que não conseguirão garantir a proteção dessa mulher.

No Brasil, a solicitação de refúgio se inicia através do cadastro no Sistema do Comitê Nacional para os Refugiados (SISCONARE), cuja plataforma encontra-se disponível na internet onde tramita o procedimento de solicitação da condição de refugiado.

O imigrante que fizer essa solicitação possui o protocolo de solicitação de reconhecimento da condição de refugiado, que pode ser utilizado como identidade e comprova a regularidade da condição migratória no país, desde que esteja atualizada

enquanto o processo estiver em análise, já que tem validade de um ano.

Após o cadastro, é agendada entrevista de elegibilidade do solicitante, realizada pelo representante do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Este órgão, conforme o artigo 12 da Lei nº 9.474/97, é competente para analisar o pedido e declarar em primeira instância o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil.

Nessa entrevista verifica-se a veracidade dos depoimentos, tendo como objetivo demonstrar a credibilidade das informações fornecidas pelos solicitantes, ou seja, é preciso detalhar como houve a perseguição ou o motivo pelo qual o solicitante tem o *fundado temor* de sofrer-la.

Na análise da credibilidade são verificados os detalhes esclarecedores e específicos sobre a situação do solicitante, bem como se não há contradição em seu depoimento.

Além disso, são analisados fatores externos aos alegados pelo solicitante, como informações fornecidas por testemunhas, familiares e quaisquer informações que forem obtidas por outros meios para verificar a coerência dos fatos narrados.

Ocorre que a credibilidade é problemática, já que o julgador sempre estará na dúvida sobre as alegações prestadas pelo solicitante e caberá a sua discricionariedade para demonstrar se está convencido da situação do refugiado.

Para analisar bem a situação apresentada, nos parece valer a pena tomar as considerações realizadas por Michel Foucault quando aborda sobre a noção de “verdade”:

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua 'política geral' de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro (FOUCAULT, 1979, p. 12).

Dessa forma, muito critérios subjetivos podem ser utilizados pelos juízes na verificação dos requisitos necessários para concessão de refúgio. A interpretação do que seria o *fundado temor* é muito ampla, o que pode ser considerado extremamente pavoroso para alguns para outros poderia ser definido como um aborrecimento.

Outra questão que pode ser difícil de se verificar é a homossexualidade do solicitante, pois se ele não possuir documentos probatórios e não apresentar as características na aparência e personalidade estereotipadas por determinado julgador poderá não conseguir comprovar sua orientação sexual.

Portanto a valoração das provas é aberta quanto a influência do raciocínio probatório indutivo e da característica de probabilidade de qualquer verdade de situações reais através das garantias processuais, tais como o direito ao contraditório, a não autoincriminação e a independência dos juízes. Sendo assim, é impossível uma certeza objetiva dos fatos trazidos em um processo, cabendo então o livre convencimento do juiz na valoração das

provas (FERRAJOLI, 2012).

Continuando com o processo de solicitação de refúgio, realizada a entrevista, o representante do CONARE relata o depoimento a um grupo de estudos prévios, formado por representantes do CONARE, do Ministério das Relações Exteriores, do ACNUR e do Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), dos quais elaboram pareceres que serão discutidos em plenário.

No plenário do CONARE é decidido se o refúgio será concedido, cabendo recurso no prazo de quinze dias ao Ministro da Justiça, a quem caberá a decisão final.

31 VISÃO GERAL DA MIGRAÇÃO OCORRIDA NO MUNDO E CASOS EMBLEMÁTICOS

No Brasil atualmente ganha relevo a situação dos venezuelanos que migram constantemente para nosso país fugindo crise econômica e instabilidade política.

De acordo com os dados apresentado pela ACNUR, 70,8 milhões de pessoas são forçadas a se deslocar no mundo, sendo que em 2018 o maior número de solicitação de refúgio foi da Venezuela com aproximadamente 341,8 mil pedidos. (ACNUR, 2019)

Conforme representantes do ACNUR, o número de imigrantes no mundo é de 272 milhões em 2019. Sendo que a Venezuela vem enfrentando crise migratória nos últimos anos com o deslocamento de 4,5 milhões de venezuelanos, com estimativa de 6,5 milhões até 2020 (V Curso de Verão – Migração e Refúgio em uma Perspectiva Global, 2019).

Em 2019, o CONARE realizou o julgamento em bloco, ou seja, analisou vários pedidos de solicitação de refúgio venezuelano ao Brasil se utilizando da definição ampliada para concessão de refúgio incluída pela Declaração de Cartagena e Lei nº 9.474 de 1997, na qual verificou que o país está passando por grave e generalizada violação de direitos humanos. Sendo assim, com base no reconhecimento desta condição, 21.432 venezuelanos conseguiram refúgio sem precisar comprovar os requisitos exigidos pela lei, tais como *fundado temor* ou perseguição por religião ou “grupo social” (V Curso de Verão – Migração e Refúgio em uma Perspectiva Global, 2019)

A decisão voltou a ser aplicada em janeiro de 2020 com aproximadamente 17 mil refugiados beneficiados, fazendo com que o Brasil se torne o país na América Latina com maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos.

Como grave e generalizada violação de direitos humanos pode ser considerado os países que não possuem ou são extremamente ineficientes os serviços públicos de saúde, educação, acesso a emprego e outros direitos básicos.

Assim, a decisão vem auxiliando os venezuelanos que solicitarem o refúgio, pois a categorização coletiva evita a análise individual das condições objetivas de cada solicitante.

O processo de interiorização dos venezuelanos é organizado pela Casa Civil da Presidência da República, ACNUR e outros órgãos, com meta de estabelecer os chegados em Boa Vista-Roraima para outros estados com o objetivo de garantir melhores qualidade

de vida a eles.

Os venezuelanos são interiorizados em diversas cidades do país, tais como São Paulo, Brasília e Rio de Janeiro.

Rebeca Almeida membro do CEIPARM - Comitê Estadual Intersetorial de Políticas de Atenção aos Refugiados e Migrantes, durante a verificação e acompanhamento de refugiados interiorizados na cidade do Rio de Janeiro-RJ, constatou a existência de dez mulheres transexuais e um homem transexual entre os refugiados venezuelanos e que não haviam homossexuais declarados entre eles no ano de 2019. (V Curso de Verão – Migração e Refúgio em uma Perspectiva Global, 2019)

Relatou ainda que houve problemas com as transexuais durante o convívio e adaptação nos abrigos de refugiados e que não há local específico para o acolhimento da população LGBTI+ - lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexos e mais. (V Curso de Verão – Migração e Refúgio em uma Perspectiva Global, 2019)

4 | O REFÚGIO MOTIVADO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Segundo levantamento feito pela Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexos (ILGA) relações homossexuais são consideradas crimes em 70 países, sendo que 68 possuem leis explícitas que criminalizam essa conduta, enquanto o Iraque e Egito fazem uso de outras expressões na lei para perseguir e punir os homossexuais.

Em 44 países são criminalizados os dois gêneros, enquanto nos demais apenas homens.

Contudo, como em junho de 2019, a Botsuana descriminalizou a homossexualidade, retiramos do quadro abaixo apresentado este país, passando então a ser 69 países que criminalizam esta conduta.

Utilizamos neste artigo a palavra homossexualidade para se referir a tipificação, no entanto, nos textos das legislações de alguns desses países provavelmente se utilizam de outros termos para se referir a esta conduta, tal como a palavra “homossexualismo” para se referir a práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, pois o termo relaciona esse comportamento a uma doença, o que indica ser o entendimento equivocado dessas nações.

Como o objetivo desse tópico não é aprofundar as legislações específicas de cada nação, mas sim demonstrar que quase 1/3 dos países mundiais consideram ilegal a homossexualidade, cabe salientar que a palavra “homossexualismo” se trata de conceito antigo, excluído em 1990 pela Organização Mundial de Saúde como distúrbio mental.

A maioria dos países que criminalizam a homossexualidade encontra-se na África com 31 países, sendo na Ásia 21, na América Central são 8, na América do Sul 1 e na Oceania 6.

As penas aplicadas em razão da prática do crime de homossexualidade variam

conforme cada país, em 6 países aplicam diretamente a pena de morte para casos de homossexualidade e 5 países tem essa possibilidade a critério dos julgadores.

Em 56 países se aplica a pena privativa de liberdade com tempo de prisão diversificado, podendo levar até a prisão perpetua por algumas nações.

A criminalização de fato ocorre no Egito e Iraque, já que não estabelecem expressamente a homossexualidade como crime, porém através de uma interpretação ampla de conceitos como a prática da “libertinagem”, infrações contra a “moralidade”, “bons costumes” ou à “ordem da natureza” tornam ilegal essa conduta.

Na maioria dos casos, as leis decorrem do período de regime colonial vivenciado por esses países durante o século XIX, como no caso de alguns países da África e Caribe nos quais a legislação foi estabelecida pela Inglaterra.

Entretanto, os parâmetros utilizados para concessão de refúgio por orientação sexual são problemáticos em muitos países, já que em alguns casos invadem a intimidade e constrangem os solicitantes.

O procedimento de concessão de refúgio é constrangedor em quase todas as situações, pois é necessário expor a violência sofrida ou o fundado temor enfrentado, porém no caso dos solicitantes homossexuais, ainda devem demonstrar sua orientação sexual.

No caso de homossexuais que vivem em países com casos de muita violência ou criminalização da homossexualidade, a tendência é que vivam sua sexualidade de forma reprimida ou muito escondida, fato este que dificulta a comprovação da sua condição.

Provavelmente, não terão testemunhas que ajudarão esse homossexual a demonstrar sua orientação sexual, pois também vivem com medo.

Muito diferente de outras situações de solicitação de refúgio, onde é mais simples de se demonstrar o gênero, religião ou etnia da qual pertence.

Além disso, muitos agentes que são responsáveis pelo atendimento e acompanhamento da solicitação de refúgio realizam tratamento discriminatório contra população LGBTI+.

Nesse sentido, as advogadas da clínica jurídica da Casa Rui Barbosa, relataram que aproximadamente 90% dos refugiados atendidos por elas nesse local procuram inicialmente a Polícia Federal para requerer refúgio ou solicitar apoio, sendo que é constantemente relatado algum tipo de tratamento discriminatório ou impactante pelos seus agentes, fato este que faz com que muitos desistam do processo de refúgio. (V Curso de Verão – Migração e Refúgio em uma Perspectiva Global, 2019)

De acordo com pesquisa feita pela ACNUR, entre os anos de 2010 e 2016 foram identificadas 369 solicitações de refúgio cujo temor de perseguição está relacionado a questões ligadas à orientação sexual e/ou à identidade de gênero. (ACNUR, 2018)

Os dados revelam ainda que, a maioria das solicitações (89,7%) são de países da África, sendo a Nigéria o país com maior número de solicitantes com 32,7%. Entre os

gêneros, prevalece o número homens cisgêneros solicitantes com 87%.

A pesquisa realizada pelo ACNUR pode não demonstrar a totalidade de refugiados e solicitantes homossexuais em nosso país, já que muitos podem não revelar sua orientação sexual por medo de perseguições do país de origem ou por parte dos próprios refugiados que convivem com eles no abrigo, já que também estão inseridos em uma cultura heteronormativa.

A pesquisa demonstra apenas aqueles refugiados que fizeram a solicitação cujo motivo da perseguição está relacionado à orientação sexual e/ou identidade de gênero real ou percebida, mas não analisa aqueles migrantes que não solicitam formalmente o refúgio, mas estão fugindo de perseguições em seus países de origem baseadas na orientação sexual e podem esconder este fato.

Não podemos deixar de levantar essas hipóteses, já que o medo de perder a vida ou ir para prisão ou ainda, sofrer perseguições faz com que a homossexualidade fique como sombra dentro da categoria “grupo social”.

O objetivo deste trabalho é apresentar questionamentos e levantar hipóteses para problematizar a situação do refugiado não-heterossexual.

Além de passar por problemas econômicos, esse refugiado ainda pode enfrentar perseguições ligadas a sua intimidade e controle dos seus corpos, nesse sentido:

“O sistema de estratificação sexual cria vítimas fáceis, desprovidas de poder para se defender, bem como um aparato preexistente para controlar seus movimentos e restringir suas liberdades. O estigma contra os dissentes sexuais torna-os moralmente indefesos. Todo momento de pânico moral traz consequências em dois níveis. A população visada é a que mais sofre, mas todos são afetados pelas mudanças sociais e legais” (RUBIN, 1984, p. 109).

Portanto, talvez seja mais fácil justificar o refúgio com base em outras causas mais evidentes em seu país de origem, como perseguição por questões econômicas, religiosas ou políticas do que se utilizar da categoria “grupo social”.

5 | PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA DA MIGRAÇÃO E REFÚGIO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

Os autores clássicos da sociologia Marx, Durkheim e Weber apresentam três diferentes enfoques para análise da sociedade historicamente definida como a “sociedade burguesa” que emerge da conquista dessa classe em luta revolucionária contra a sociedade feudal.

Enquanto Marx apenas se movimentava nas esferas do movimento trabalhista em resistência e contra a opressão do capital em sindicatos e nos debates partidários, cujos argumentos foram pinçados por professores e pesquisadores para dentro dos debates universitários, sem que jamais esse autor e seu parceiro Engels tenham escolhido uma disciplina para explicação acadêmica da realidade, a sociologia daí decorrente (através do

materialismo histórico dialético) apareceu com a forma de teoria crítica radical que olhava a sociedade de baixo para cima em protesto (CARDOSO, 1976; MARX, 2013).

Entretanto, os fundadores reconhecidos da disciplina também não traziam um único paradigma de construção epistemológica para esta ciência que terminou por configurar-se entre diferentes olhares e versões da experiência social.

Weber, um grande e extraordinário intelectual inconformado com o consenso teórico e aberto a formulação de ideias a partir do debate, foi quem mais atuou no sentido de dialogar com a forma teórica politizada do socialismo, lembrando a importância de todo cuidado em termos de objetividade para a prática da sociologia como ciência e reconhecendo que sua base constitutiva decorria dos processos vividos de relações sociais estabelecidas entre indivíduos reais e não entre “coisas” (mercadorias, em especial a mercadoria dinheiro) como queria impor a ciência econômica de Ricardo e Adam Smith. (WEBER, 1991)

Com Weber e sua proposta de sociologia compreensiva desenvolvida nas universidades da Alemanha, seria possível perceber-se em que medida essa compreensão levava a sociedade humana a pensar sobre si mesma.

Ainda que esse autor, ao final, acreditasse que o próprio homem neste momento histórico estaria apto a desenvolver criativamente um acúmulo extraordinário de riqueza, ele percebia também que em contrapartida e exatamente por isso, os homens modernos estariam sujeitos a serem inexoravelmente alienados dela e de sua própria liberdade e condição de humanidade. Um pessimismo crônico tomou conta desse autor.

Entretanto, Émile Durkheim teria sido aquele que iniciou uma luta pelo estabelecimento da sociologia dentro do estatuto de ciência, comparativamente as demais ciências exatas aceitas e reconhecidas como formas de conhecimento formalizado academicamente na França, através de sua proposta de sociologia positivista, aquela que se oferecia dentro dos parâmetros das ciências exatas, mesmo com a enorme rejeição de Weber, procurava se enquadrar como disciplina passível de análise “neutra” apesar de ser uma ciência do social onde objeto e sujeito se confundiam, exatamente pela rejeição à sua condição de subjetividade inerente dos sujeitos sob análise, assumindo-os como “coisas” e nesta medida podendo observá-los como passíveis de domesticação (DURKHEIM, 1984).

É exatamente nesse paradigma que o direito irá se beneficiar com primazia, pensando que o movimento histórico do real é menos importante do que as “regras” estabelecidas, e que considera como premissa que a sociedade é externa, necessária e coercitiva sobre os indivíduos e que, portanto, para um bom funcionamento da vida social – sem qualquer análise sobre as bases de sua reprodução em termos de interesses de classe, os quais sempre que mencionados passariam a ser tomadas como juízos de valor inaceitáveis para a suposta “neutralidade”, reivindicada para a ciência do social se fazer coerente com as ciências exatas da natureza.

Essa sociologia positivista então, tornou-se uma espécie de mapa social silencioso e funcional para a classe burguesa, e ainda para que ela pudesse desenvolver seu sentido

de interesse como se fosse um projeto geral e “para todos” sem jamais mostrar que quem ganha é ela e quem perde é a maioria. E então, ao negar os juízos de valor segundo cada classe, a burguesia pode então estruturar sua dominação como se fosse natural e não histórica e nem politicamente diferenciada. E, finalmente, como Durkheim formulou como legítima a ciência do social nesses termos, demonstrando com aparente soberba e em pleno século XIX que já poderia decidir que essa seria a forma final de nosso desenvolvimento humanitário orgânico superior e comum.

É nesses termos que se estabelece então um conceito de ordem e o sentido de normalidade estatisticamente detectável e aceita, que se deverá estabelecer como conceito de sociedade, sendo explicável e que terá sua consolidação estabelecida com suporte de todas as instituições sociais.

Além disso, ainda serão conduzidas pelo Estado em políticas públicas, pelas instâncias da justiça, atuando para consolidação das leis do direito constituído a partir de formas de punição corretivas e ratificadoras, alimentadas e fixadas pelas mídias com reproduções rotineiras em termos de práticas familiares e religiosas reconhecidas e enfatizadas diuturnamente a fim de constituir formas de sociabilidade sem qualquer questionamento e sem qualquer diversidade histórica e politicamente reconhecíveis para serem internalizadas e apresentadas como “única verdade” ou única “visão de mundo” legítima.

É neste contexto que a “heteronormatividade”, em especial branca, acompanhada de uma submissão de classe, tendo como cena o patriarcalismo e o olhar colonialista.

Dessa forma, então aparecem como única forma de ser e de escolher tanto em termos de suas livres preferências quanto em termos de opção real sobre formas de atuar no mundo. Ao mesmo tempo em que o Estado aparece para todos como aquele que está certo ao criminalizar qualquer forma independente e libertária de escolha e ao apresentá-la e julgá-la como nefasta, perigosa e criminosa. Essa condição se reproduz e é inclusive aceita como verdade até mesmo por aqueles que praticam resistência e que de algum modo acabam por achar que precisam aceitar e assim seguir sem questionar ou se reagindo, se colocando tristemente a si mesmos como devassos, ou rebeldes inconsequentes – o que dá no mesmo - e deste modo demonstrando que aceitam e são passivos de um processo ativo de internalização de valores que foram inculcados.

Destaque-se finalmente, que vale reconhecer a resistência que emerge entre os poucos que se organizam e que querem buscar entendimento e formulação academicamente situada para reagir e sobretudo quando ocorre mais especificamente a partir daqueles que não podem em princípio terem direito de escolha e que “ousam” ter, entre os pobres, negros e em uma palavra, aqueles não proprietários dos meios de produção, mas que buscam estar em clara reação e reconhecimento esclarecido contra as relações de dominação que os deixou por anos submetidos.

Contudo, os que enfim reagem entendendo a necessidade de uma atuação coletiva,

porque se recusam a continuar a serem oprimidos sem qualquer forma de experimentação de seus desejos e porque querem demonstrar em que medida sua humanidade de vida exige isso ainda que para tanto tenham que abandonar seu lugar de pertencimento para chegarem a uma identidade real e autêntica.

É sobre o movimento sofrido por estes seres humanos que agem no limite de ter que abandonar sua origem para não abrir mão do que são e como pretendem viver – mesmo considerando as formas absurdas e repressivas de atuação as quais terão que se submeter em um país alheio que este artigo trata. Olhando para eles como as vozes que nos contam o significado de ser atuado por essa sociabilidade burguesa e com uma coragem declarada, lutam em busca de nos mostrarem em que medida a nossa visão de mundo anda desorientada e que apenas entre aqueles que sofrem de modo mais direto com formas de extermínio e penalização (mulheres, negros/as, pobres, homossexuais e outras vertentes de escolha libertária de ser) que lutam por suas escolhas e por suas demandas de direitos contra formas de opressão é que podem, nos dias de hoje, verdadeiramente nos ensinar porque temos e devemos reagir mesmo pela continuidade de nossa própria espécie.

Por isso definimos como tarefa neste artigo, a produção de uma reflexão que abarque essas diferentes situações de sofrimento praticados por indivíduos em reação a atuação do Estado que revelam experiências sociais contemporâneas e legitimamente humanas, através de um recurso de análise academicamente correto.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

São inúmeras as dificuldades enfrentadas pelos refugiados homossexuais durante o processo de solicitação de refúgio, pois além de sofrerem discriminações por parte de funcionários dos órgãos dos países, ainda devem demonstrar a credibilidade para que o procedimento seja julgado procedente.

Os refugiados que vivem em países que consideram crime a homossexualidade convivem com o medo de serem presos, agredidos ou mortos, e ainda sofrem perseguições por parte do Estado e da sociedade.

Ocorre que para viverem suas liberdades sexuais o refúgio é uma medida que garante proteção internacional nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, entretanto a dificuldade do processo de refúgio pode causar desistência ou impossibilidades para os solicitantes.

Sendo assim, importante problematizar e realizar estudos empíricos para observar como é o processo de refúgio nestas situações, o que já vem sendo realizado por nós para apresentação de novos trabalhos no futuro.

Durante a análise sociológica do refúgio em razão da orientação sexual é possível perceber que o Estado querendo dominar a população do país estabelece regras de

controle, interferindo nas liberdades individuais, no presente caso, mais especificamente na liberdade sexual.

Dessa forma, criminalizam a homossexualidade e aplicam penas terríveis que causam medo na população não heterossexual.

O interesse hegemônico, patriarcal e colonial da burguesia é imposto nesses casos através da lei, visando impedir a liberdade dos corpos sua população.

Assim, ao ignorar os juízos de valor de cada classe, a burguesia estrutura sua dominação como se fosse natural e não histórica ou politicamente construída através da imposição institucional ocorrida muitas vezes de forma violenta.

Dessa forma, os homossexuais têm sua liberdade sexual e intimidade tolhida pelo Estado, tendo como proteção internacional o refúgio para a proteção desses direitos, que conforme demonstrado é problemático em vários aspectos.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). 2019. < <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 09 jan de 2020.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). 2018. < <https://www.acnur.org/portugues/refugioglobti/>>. Acesso em: 10 jan de 2020.

CARDOSO, Miriam Limoeiro. O mito do método. Boletim Carioca de Geografia, Rio de Janeiro, ano 25, 1976.

DURKHEIM, **Émile**. As regras do método Sociológico. São Paulo: Editora Nacional, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In ____; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio. (Orgs). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 22. ed. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HOBBS, Thomas. O Leviatã. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOBBSAWM, E. Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991). 2. ed. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MENDOS, Lucas Ramón. Sexual Orientation Laws in the World – 2019. ILGA World, 2019. Disponível em< [i lga.org/downloads/ILGA_World_map_sexual_orientation_laws_December2019.pdf](https://www.ilga.org/downloads/ILGA_World_map_sexual_orientation_laws_December2019.pdf)>. Acesso em: 20 de fev de 2020.

MARX, Karl. O Capital: crítica da Economia Política. Livro 1. São Paulo: Boitempo, 2013.

RUBIN, Gayle. *Políticas do sexo*. **São Paulo**: Ubu Editora, 2017.

V Curso de Verão – Migração e Refúgio em uma Perspectiva Global. 2019. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa.

Weber, Max. Economia e Sociedade. Brasília: EdUnB, 1991.

Data de aceite: 02/08/2021

Ana Flávia Ananias Almeida

Escola Superior Dom Helder Câmara
Belo Horizonte – Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/8184499651550717>

Laura Ferreira Silva

Escola Superior Dom Helder Câmara
Belo Horizonte - Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/2418417102477866>

RESUMO: “Las ochentas” são venezuelanas, que, fugindo do país de origem que se encontra em uma crise brutal, vêm para o Brasil buscando melhores oportunidades e acabam na vulnerabilidade da prostituição, tendo que cobrar 80 reais por programa. Têm-se, com esse trabalho, o intuito de documentar a situação real de vulnerabilidade que essas mulheres sofrem, bem como os motivos, que são principalmente econômicos, que as levaram a aceitar essa condição. A pesquisa baseia-se em dados estatísticos apresentados por órgãos responsáveis por analisar e buscar a garantia da dignidade humana para todas as pessoas, de todos os sexos. Muitas das venezuelanas são exploradas na prostituição, gerando um ciclo capaz de adentrar vulnerabilidade dentro de vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; vulnerabilidade econômica; prostituição; exploração.

LAS OCHENTAS: THE REFUGE PRICE

ABSTRACT: “Las ochentas” are Venezuelans, who, fleeing the country of origin that is in a brutal crisis, come to Brazil seeking better opportunities and end up in the vulnerability of prostitution, having to charge 80 reais per program. With this work, we intend to document the real situation of vulnerability that these women suffer, as well as the reasons, which are mainly economic, that led them to accept this condition. The research is based on statistical data presented by agencies responsible for analyzing and seeking the guarantee of human dignity for all people, of all sexes. Many venezuelans are exploited in prostitution, generating a cycle capable of entering vulnerability within vulnerability.

KEYWORDS: Human rights; economic vulnerability; prostitution; exploration.

1 | IDENTIFICAÇÃO

1.1 Área do objeto de pesquisa

O presente projeto de pesquisa situa-se na área de Direitos Humanos.

2 | TEMA DA PESQUISA

2.1 Delimitação do tema de pesquisa

O tema-problema da pesquisa que se pretende desenvolver é a vulnerabilidade econômica das refugiadas venezuelanas no Brasil e a prostituição como consequência.

3 | PROBLEMA

O problema objeto da investigação científica proposta é: quais os tipos de violação dos Direitos Humanos que as venezuelanas estão expostas ao buscar o refúgio no Brasil?

4 | HIPÓTESE

A partir das reflexões preliminares sobre o tema, supõe-se que a violação dos Direitos Humanos contra as refugiadas venezuelanas residentes no Brasil está ligada com a situação de vulnerabilidade, principalmente econômica, uma vez que enfrentam uma divisão sexista do trabalho e a própria escassez dele. Nesse sentido, são submetidas a situações de extrema fragilidade, em busca da sobrevivência, se sujeitando a trabalhos não regulamentados, que põem em risco direitos como o direito à vida, igualdade e liberdade, além da segurança pessoal.

5 | OBJETIVOS

5.1 Objetivo geral

O objetivo geral do trabalho é mostrar um exame da realidade vivenciada pelas refugiadas venezuelanas residentes no território brasileiro, trazendo, através de dados, a questão da vulnerabilidade econômica e a sua ligação com a prostituição, no estado de Roraima.

5.2 Objetivos específicos

Como objetivos específicos do trabalho, enumeram-se os seguintes:

- I. Analisar o perfil socioeconômico das mulheres que se encontram em situação de prostituição;
- II. Verificar o grau de vulnerabilidade pelo qual essas mulheres ficam expostas;
- III. Constatar as disparidades em relação à quantidade de homens e mulheres com condições de trabalho com tamanha vulnerabilidade e exploração;
- IV. Averiguar a quantidade de direitos humanos que são retirados ou violados dessas pessoas que têm que conviver com situações tão precárias visando a sobrevivência;
- V. Refletir a respeito do motivo de o território brasileiro, mais especificamente Roraima, ser o palco principal para essas migrações;
- VI. Avaliar os motivos que levam/levaram essas pessoas a saírem de seus países de origem;
- VII. Investigar os antecedentes que contribuíram e os fatores que impedem o fim da crise na Venezuela;
- VIII. Assinalar os desígnios das rendas conseguidas pelos migrantes, ao

chegarem no novo país.

6 | JUSTIFICATIVA

Nos últimos anos, o Brasil se tornou um dos palcos coadjuvantes de uma crise política que o afeta, involuntariamente. A crise venezuelana que se tem conhecimento atualmente, não é algo recente, mas veio sendo construída, ainda que de forma indireta, historicamente. Os primeiros indícios da crise ocorreram após a tentativa de um golpe contra o então presidente Hugo Chávez, no ano de 2002, dando início a uma problemática que se alastraria para o restante do mundo. Em 2012, após sua reeleição, Chávez morre, vítima de um câncer. Uma nova eleição, então, é feita e, seu braço direito, Nicolás Maduro é eleito se tornando, assim, o novo presidente, a fim de dar continuidade ao governo chavista. As suas últimas decisões agravaram ainda mais a crise já existente na Venezuela, a qual trouxe reflexos diretos ao Brasil.

A crise política se estendeu de tal forma que se tornou uma crise migratória, podendo ser considerada a de maior expoente na história da América Latina. Segundo os dados das Nações Unidas, 2,3 milhões de venezuelanos deixaram sua pátria desde 2014, além de outros casos semelhantes que não foram registrados pelas autoridades. Este fato se tornou um dos desafios dos governos latino-americanos da atualidade. Alguns governos dificultaram suas políticas migratórias. Com a proximidade das fronteiras entre o Brasil e a Venezuela o foco das imigrações se voltou para o cenário brasileiro, onde vários venezuelanos entraram de forma ilegal na procura de auxílio humanitário.

Na fronteira do Brasil com a Venezuela está o município de Paracarama, Roraima, de relativa proximidade com a capital desse estado, Boa Vista. Mais de 32900 venezuelanos solicitaram refúgio ao Brasil e 25300 obtiveram permissão para residência temporária no país até o mês de abril do ano de 2018 (HUMAN RIGHTS WATCH, 2018). O fluxo sem precedentes de venezuelanos está sobrecarregando os ineficientes sistemas públicos de saúde e educação, além de intensificar a disputa no âmbito trabalhista.

Mulheres venezuelanas estão mais vulneráveis a violação dos direitos humanos e dos direitos trabalhistas na rota migratória, consolidada neste ano de 2019, no extremo Norte do Brasil. (GONZALO, SILVA, 2017). A maior parte das refugiadas venezuelanas que se encontram em Boa Vista, Roraima, enfrentam graves situações de dificuldade no que diz respeito à inserção no mercado de trabalho, em decorrência da irregularidade. Por esse motivo, elas encontram um mercado que não proporciona carteira de trabalho, nem garantia de retorno e que coloca suas vidas em perigo, a prostituição.

A Defesa Civil do estado de Roraima afirma que as venezuelanas são maioria dentre a população de refugiados que se encontra no estado. Mesmo assim, apenas 29% estão regularizadas. (CONTAI, 2017). Essa falta de regulamentação, ligada com a crise de desemprego no país e o sistema público ineficiente, agrava a situação de vulnerabilidade

feminina e em um estado de necessidade ela se vê imersa em uma vida que lhe retira todos os direitos e a coloca sujeita a viver de maneira alheia à sociedade. Isso se dá pelos diversos golpes que sofrem, pelo desconhecimento da língua e da moeda.

Jeane Xaude, defensora pública estadual do juizado de violência doméstica de Roraima, afirma que muitas mulheres são exploradas na prostituição. Elas vivem uma nova era dessa violência em decorrência da emigração, sendo exploradas. Isso acontece devido a inexistência de uma política de gênero para a crise de migração atual. As mulheres são 100% negligenciadas, elas fogem para a proteção de suas vidas e acaba as perdendo no Brasil e, esse, é o preço do refúgio.

De toda maneira, os Direitos Humanos possuem uma dupla vocação: afirmar a dignidade humana e prevenir o sofrimento. (PIOVESAN, 2009). As vidas das “las ochentas”, nome dado para as prostitutas venezuelanas em referência ao preço cobrado pelo programa, estão longe de fazer parte da dupla vocação supracitada.

Uma das mudanças mais significativas nos padrões de migração no último meio século é que mais mulheres estão migrando sozinhas do que nunca. As mulheres constituem hoje quase metade da população migrante internacional e, em alguns países, 70% ou 80%. Como as mulheres migrantes frequentemente acabam em empregos de produção e serviço de baixos salários, e elas frequentemente trabalham em setores da economia segregados por gênero e não regulamentados, como o trabalho doméstico, elas estão expostas a um risco muito maior de exploração, violência e abuso. (ROIG, 2018).

De acordo com o demógrafo e representante da UNFPA – Brasil, Jaime Nadal Roig, há uma independência das mulheres imigrantes atualmente. Apesar dessa maior independência e do maior número de mulheres imigrantes em relação aos homens, há uma disparidade, ou seja, uma discrepância, em relação ao reconhecimento. A concessão de refúgio garante direitos mínimos de sobrevivência, porém os imigrantes passam por instabilidades e condições precárias até que seu pedido seja aceito. Uma vez que os dados apontam que o número de refugiados reconhecidos é menor para o sexo feminino, torna-se fácil a compreensão a despeito do estado vulnerável que estas se encontram.

Apesar da imigração venezuelana ser subvalorizada profissionalmente, é algo que traz benefícios para o Brasil. A população não-indígena da Venezuela que migra para Roraima possui um nível de escolaridade superior se comparado à média educacional da população local. Considerando que a principal razão para essa migração é a possibilidade de emprego, acompanhado pela ajuda econômica e de moradia, a população feminina se vê a margem dessa ilusão. Mas, infelizmente, seus direitos não são violados apenas no seu país de origem, a violação ultrapassa fronteiras e vem acompanhada de humilhações, pobreza extrema, estado de necessidade e, para boa parte dessas mulheres, a saída está na prostituição.

Historicamente, o Brasil é um país de imigração desde a sua colonização. O cenário durante a Segunda Guerra Mundial trouxe uma delimitação em relação à entrada

de imigrantes. No período pós-guerra ocorreu, novamente, uma facilitação à entrada de imigrantes europeus, resultantes de normas eugênicas, durando até o ano de 1980, onde se instaurou uma política de segurança nacional, que passou a enxergar o imigrante como uma ameaça. (ROCHA, RIBEIRO, 2018).

Sabendo dos fatos supracitados, é possível perceber uma estreita relação entre mão-de-obra migrante e o desenvolvimento do país, sendo possível questionar a fala de que as imigrações venezuelanas são um problema para o Brasil.

Destaca-se que a situação dos trabalhadores migrantes não foi objeto específico de alteração normativa, sendo que os possíveis reflexos em relação a esses trabalhadores se devem às alterações nas configurações da concorrência de mercado de trabalho, incluindo a intensa precarização do trabalho e a restrição do acesso formal à Justiça do Trabalho promovidas pela Reforma. (SERAU, WALDMAN, 2018).

O perfil sociodemográfico dos venezuelanos mostra que a subvalorização da mão-de-obra venezuelana está mais ligada com a restrição do acesso formal à Justiça do Trabalho e ao senso comum que enxerga essas pessoas como ameaças às vagas de emprego. Contudo, não se pode falar na desqualificação desses imigrantes, principalmente em relação às mulheres que, em média geral, possuem escolaridade maior do que os homens. Considerando os dados de 2017 produzidos pela ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), enquanto os homens com ensino superior completo estão na média de 26,7%, as mulheres representam 31,1%. Elas também são maioria da população venezuelana imigrante com pós-graduação, sendo 4,6% e a população masculina 2,9%.

Antes de se refugiarem no Brasil, um número significativo, dentre essas pessoas que para o território brasileiro migraram, estavam empregados e se encontram, hoje, desamparados de qualquer prática de fiscalização. Apesar de uma maior qualificação, as mulheres são as que mais sofrem com o desemprego. Ainda na pesquisa feita pela ACNUR, enquanto 3,7% dos homens conseguem seu sustento em atividades não regulamentadas, o número de mulheres que se encontram nessas mesmas condições chega a ser três vezes maior, alcançando, aproximadamente, 12%.

A limitação disposta ao trabalho do estrangeiro pode ter o condão de violar a plena realização dos Direitos Humanos, em sua face indivisível, e adquire ainda maior significado de desproteção quando se refere a ser humano atingido com vulnerabilidade exacerbada, como os refugiados. (JUBILUT, LOPE, SILVA, 2018).

Como ilustrado na citação apresentada acima, essa limitação ao trabalho se torna um sinônimo de desproteção devido a vulnerabilidade em que essas se encontram. Em um depoimento, uma das mulheres que se enquadram dentre as “Las ochentas”, Angélica, afirmou que não é fácil viver nas ruas. “Somos humilhadas, chama-nos de mulheres de vida fácil, mas não é nada fácil. Aqui nos tratam mal, principalmente as mulheres têm

raiva da gente. Falam que viemos roubar, que somos ladras. Eu não roubo nada, só estou trabalhando para matar a fome da minha filha.” O depoimento de Angélica mostra, em vias de fato, essa desproteção escancarada que leva com que a sua vida se torne cada vez mais difícil.

A fuga dessas mulheres para o Brasil vai além do econômico, elas buscam uma necessidade de serem reconhecidas como ser humano. Elas deixam tudo o que construíram e vão em busca de uma ajuda humanitária. Apesar da conexão com sua vida de antes da imigração, sua nova vida, trajada por circunstâncias desfavoráveis, não as permite viver seus sonhos e sua vida passada. Nesse aspecto, ser refugiada significa abandono e esquecimento.

É preciso trazer à tona a problemática que gira em torno da vida dessas mulheres. O preço do refúgio vai muito além dos oitenta reais pagos por programa para que elas consigam se manter e manter suas famílias. Esse preço está associado a uma banalização, uma desproteção, um cárcere moral e uma vida que se transformou, de forma expressiva, não apenas devido à crise que alastra a Venezuela, mas por um abandono social.

A xenofobia e o sexismo tiram dessas mulheres toda a sua individualidade, seus planos e sua liberdade. Restringem, assim, a vida das “Las Ochentas” de modo que vivam à margem da sociedade, contando com a sorte e com o medo constante. Considerando-se os dados de Roraima, torna-se perceptível que o estado é um dos maiores em feminicídio no Brasil. Essas mulheres não estão alheias aos dados de violência que constam na região. Pelo contrário, com o falso senso comum de que os imigrantes são ladrões de empregos e, no meio de uma crise de desempregos no Brasil, a junção desses fatos faz com que haja uma seta que as aponte como alvo predominantemente.

As guerras civis que sobrevieram e se alastraram durante os vinte anos de paz agitada não foram apenas mais cruéis e mais sangrentas do que as anteriores: foram seguidas pela migração de compactos grupos que, ao contrário de seus predecessores mais felizes não eram bem-vindos e não podiam ser assimilados em parte alguma. Uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugio da terra. (ARENDETT, 2011).

De acordo com o Art.28 da Declaração de Direitos Humanos: “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados.”. As mulheres que se encontram imersas no mercado de prostituição, por consequência de sua vulnerabilidade econômica, assumem uma capa de invisibilidade e marginalização social, utilizando de forma modificada a expressão de Hanna Arendt, elas se tornam o refugio da terra.

7 | METODOLOGIA

7.1 Marco teórico

Simone Lucie Ernestine de Marie Bertrand de Beauvoir nasceu em Paris, França, no dia 9 de janeiro de 1908. Filha de um advogado e leitor compulsivo, desde a adolescência já pensava em ser escritora. Entre 1913 e 1925, estudou no Instituto Adeline Désir, uma escola católica para meninas. Em 1925, Simone de Beauvoir ingressou no curso de matemática do Instituto Católico de Paris e no curso de literatura e línguas no Instituto Saint-Marie. Em seguida, Simone de Beauvoir estudou Filosofia na Universidade de Sorbonne, onde entrou em contato com outros jovens intelectuais como René Maheu e Jean-Paul Sartre, com quem manteve um longo e polêmico relacionamento. Em 1929 concluiu o curso de Filosofia. Em 1931, com 23 anos, Simone de Beauvoir foi nomeada professora de Filosofia na Universidade de Marseille, onde permaneceu até 1932. Em seguida foi transferida para Ruen. Em 1936, retornou à Paris como professora de Filosofia do Lycée Molière. Uma de suas assertivas, presente na obra “O segundo sexo”, é o marco teórico no qual a presente pesquisa se baseia. Segundo a autora:

Na verdade, em um mundo atormentado pela miséria e pela falta de trabalho, desde que se ofereça uma profissão, há quem a siga; enquanto houver polícia e prostituição, haverá policiais e prostitutas. Tanto mais quanto tais profissões rendem muito mais do que outras. É muita hipocrisia espantar-se com as ofertas que suscita a procura masculina; trata-se de um processo econômico rudimentar e universal. “De todas as causas da prostituição, escrevia em 1857 Parent-Duchâtelet durante um inquérito, nenhuma é mais ativa do que a falta de trabalho e a miséria, conseqüência inevitável dos salários insuficientes.” Os moralistas bem pensantes respondem, escarneando, que as histórias comoventes das prostitutas são romances para uso do cliente ingênuo. Com efeito, em muitos casos, a prostituta teria podido ganhar a vida de outro modo: mas, se o que escolheu não lhe parece o pior, não é prova de que tenha o vício no sangue; isso antes condena uma sociedade em que tal profissão é ainda uma das que parecem menos rebarbativas a muitas mulheres. Perguntam: Por que a escolheu ela? A pergunta deveria ser antes: Por que não a teria escolhido. (BEAUVOIR, 1967).

A teoria conceitual proposta pela autora procura demonstrar que a prostituição é a saída de muitas mulheres que sofrem com problemas no âmbito trabalhista. A partir do momento em que se tem uma profissão, ainda que moralmente condenável, que as dê uma garantia de sustento haverá quem irá praticá-la. A questão não é sobre o por que uma mulher escolhe se sujeitar a uma vida onde não há proteção e uma grande miséria, mas sim o por que dela não se sujeitar a isso, a vida de uma prostituta, diferentemente do que prega o senso comum, não é fácil, na verdade a expressão “mulher de vida fácil” nunca esteve mais longe do real.

Quando se escolhe seguir pelo caminho da prostituição, essas mulheres abdicam não somente do direito sobre o próprio corpo, mas de uma vida criminosa, ao ver o mercado

da prostituição elas não o enxergam como o pior dos caminhos, mas como uma saída que não será criminosa. Elas não roubam nada da sociedade para garantir o seu sustento, no meio de uma crise de desempregos que atinge a todos, elas dão o seu corpo como forma de sustento, não tiram nada da sociedade, essa, entretanto, tira tudo delas.

7.2 Procedimentos metodológicos

A pesquisa que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. O raciocínio desenvolvido na pesquisa será predominantemente dedutivo.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

DANIELLE ANONNI (Curitiba) (Comp.). **DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E O BRASIL**. 2018. Disponível em: http://gedai.com.br/wp-content/uploads/2018/08/livro_%20Direito%20Internacional%20dos%20Refugiados%20e%20o%20Brasil.compressed-ilovepdf-compressed.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

FRAZÃO, Dilva. **Simone de Beauvoir**: Escritora e filósofa francesa. 2019. Disponível em: https://www.biografia.com/simone_de_beaupoir/. Acesso em: 8 maio 2019.

DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, v. 75, n. 1, 2009. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2009/n%201/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho,%20v%2075,%20n%201,%20p%20107-113,%20jan-mar%202009.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2019.

GUSTAVO DA FROTA SIMÕES (Curitiba) (Org.). **8 Perfil sociodemográfico e laboral da imigração venezuelana no Brasil**. 2017. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/Perfil_Sociodemografico_e_laboral_venezuelanos_Brasil.pdf. Acesso em: 8 maio 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **O êxodo venezuelano**: A necessidade de uma resposta regional a uma crise migratória sem precedentes. 2018. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/venezuela0918port.pdf. Acesso em: 8 maio 2019.

POLICY PAPER (Rio de Janeiro). **DESAFIO MIGRATÓRIO EM RORAIMA**: Repensando a política e gestão da migração no Brasil. 2018. FGV DAPP. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2018/03/Desafio-migrato%CC%81rio-Roraima-policy-paper.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

RELAÇÕES BILATERAIS ENTRE BRASIL E VENEZUELA ATRAVÉS DOS ESTADOS DE RORAIMA E BOLÍVAR. Roraima: Ufr, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/anafi/Downloads/1591-5795-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

ROCHA, Gustavo do Vale; RIBEIRO, Natália Vilar Pinto. Fluxo migratório venezuelano no Brasil. Disponível em: <file:///C:/Users/anafi/Downloads/1820-4366-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

ROSANA BAENINGER (São Paulo) (Comp.). **Migrações venezuelanas**. 2018. Unicamp. Disponível em: https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/mig_venezuelanas/migracoes_venezuelanas.pdf. Acesso em: 7 abr. 2019.

SCHWINN, Simone Andrea; PORTELA, Êmily de Amarante. **O BRASIL E A IMIGRAÇÃO VENEZUELANA: A (DES)ORGANIZAÇÃO DA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA**. 2018. Disponível em: <https://7seminario.furg.br/images/arquivo/203.pdf>. Acesso em: 8 maio 2019.

Secretaria nacional de justiça. **Refúgio em números**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/de-10-1-mil-refugiados-apenas-5-1-mil-continuam-no-brasil/refugio-em-numeros_1104.pdf/view. Acesso em: 4 abr. 2019.

CAPÍTULO 14

A PRÁTICA DO DESPORTO COMO EIXO INTEGRADOR E RESTAURADOR DOS DIREITOS HUMANOS: INCLUSÃO, HUMANIZAÇÃO E CONSCIÊNCIA SOCIAL PARA IMIGRANTES E REFUGIADOS

Data de aceite: 02/08/2021

Viviane Cristina Martiniuk

Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e
Difusos pela UNIMEP
Advogada e Professora universitária
Piracicaba/SP

RESUMO: A prática do desporto sempre se resumiu em uma atividade institucionalizada envolvendo esforço físico vigoroso ou o uso de habilidades motoras, trazendo bem à saúde e estimulando grande papel na formação do homem e da sociedade, transmitindo valores, socialização e educação. Este trabalho aborda esta atividade universal, que se transformou em um eixo restaurador e integrador dos Direitos Humanos em relação aos imigrantes e refugiados, dando-lhes a oportunidade de integração social, uma nova identidade cultural como atletas, visando acima de tudo, a dignidade da pessoa humana como Direito Fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Desporto; Direitos Humanos; Dignidade da Pessoa Humana; Imigrantes; refugiados.

THE PRACTICE OF SPORT AS AN
INTEGRATING AXLE AND RESTORER
OF HUMAN RIGHTS: INCLUSION,
HUMANIZATION AND SOCIAL
CONSCIOUSNESS FOR IMMIGRANTS
AND REFUGEES

ABSTRACT: The practice of sport has always been an institutionalized activity involving

vigorous physical effort or the use of motor skills, bringing good to health and stimulating great role in the formation of man and society, transmitting values, socialization, and education. This work approaches this universal activity, which has become a restorative and integrating axis of Human Rights in relation to immigrants and refugees, giving them the opportunity for social integration, a new cultural identity as athletes, aiming above all, the dignity of the human person as a Fundamental Right.

KEYWORDS: Sports, Human Rights, Dignity of the Human Person; Immigrants, Refugees.

1 | INTRODUÇÃO

O desporto é um direito social, inserido no ramo dos “novos direitos”, cuja vertente jurídica está insculpida na Constituição da República de 1988, a princípio, no artigo 24, inc. IX, cujo poder expresso para legislar sobre este tema é outorgado a União, aos Estados e ao Distrito Federal,

Mas é na Seção III, artigo 217 da Constituição Federal que a temática acerca do desporto está descrita como sendo direito inerente de cada um, cabendo a União, aos Estado e ao Distrito Federal, o fomento da prática desportiva. Um direito social, oriundo dos Direitos Humanos, cujo conjunto de garantias e valores universais buscam garantir a dignidade do homem por meio das práticas desportivas.

E ao se referir a desporto ou, simplesmente, esporte, trazemos a baila a

conceituação de Barsanti (2006, p. 57) que descreve como uma “atividade competitiva institucionalizada, envolvendo esforço físico vigoroso ou o uso de habilidades motoras relativamente complexas por indivíduos, cuja participação é motivada por uma combinação de fatores intrínsecos e extrínsecos.”

A realização deste trabalho tem um condão a mais: perfazer os caminhos restaurativos dos Direitos Humanos, no tocante a dignidade da pessoa humana, tendo como personagens principais os imigrantes e os refugiados, em especial, os atletas, que de tempos em tempos são destaques nas mídias¹.

No mesmo sentido, busca rememorar a emocionante participação da primeira equipe olímpica de refugiados, que, empunhando a bandeira do COI (Comitê Olímpico Internacional), se apresentaram e disputaram os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, em 2016, destacando a situação de cada atleta, a sua origem, as necessidades e história.

Nesta esteira, a União, o Estado e o Município têm o dever de oferecer tratamento de forma igualitária a esses cidadãos, ratificando, assim, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade como parte integrante de um universo chamado Direitos Humanos. Assim, a prática desportiva, quando oferecida como política pública, constitui-se em importante fator para revitalização da autoestima das pessoas, por pô-las em paridade com todas as demais.

Trata-se, assim, de fórmula de inclusão social que traz consigo políticas não meramente assistencialistas, mas, sim, de valorização dos méritos pessoais (esforço, vontade, técnica, constância, prática etc.).

2 | CONCEITO DE ESPORTE

Não há uma definição específica ou precisa para “esporte”, todavia, há algumas premissas que coexistem nas teorias atualmente apresentadas.

O dicionário eletrônico Michaelis (2019), descreve que a palavra esporte como sendo um substantivo masculino que significa 1. Prática metódica de exercícios físicos visando o lazer e o condicionamento do corpo e da saúde; desporte, desporto; 2. O conjunto das atividades físicas ou de jogos que exigem habilidade, que obedecem regras específicas e que são praticados individualmente ou em equipe; desporte, desporto.

Para Dicio (2019), esporte é um substantivo masculino que significa o conjunto de exercícios físicos que se apresentam sob a forma de jogos individuais ou coletivos, cuja prática obedece a certas regras precisas e sem fim utilitário imediato; desporto: o esporte aperfeiçoa as qualidades físicas do homem.

Assim, ao pensar em esporte, Castro (2014, p. 08) elucida que temos em mente

¹ Nesta oportunidade destaca-se a equipe de futebol da Seleção francesa (*Les Bleus*), consagrada bicampeã do mundial da Rússia, onde a maioria de seus jogadores são descendentes diretos de famílias africanas, no geral, aqueles países que foram colonizados pelos franceses, ou naturalizados franceses, suscitando assim, a discussão acerca de geopolítica e uma nova sociedade, por meio do mundo da bola.

a prática de uma atividade física, contudo somente a atividade física praticada de forma isolada não define a atividade como esporte; se assim o fosse, construir uma casa ou subir uma escada poderia ser considerado esporte, e em contrapartida o xadrez não poderia ser considerado esporte.

Neste viés entende-se, portanto, segundo Barsanti (2006, p. 54), para que uma atividade seja considerada esporte, faz-se necessária a união de três pressupostos;

- I. Existência de atividade física. Sendo que atividade física é aquela que “envolve o uso de atividades motoras, proeza física ou esforço físico, ainda que mínima;
- II. Possuir caráter competitivo. Não é necessário que se busquem medalhes ou recordes, o que importa é haver, mesmo que mínima, uma competição entre os praticantes. Treinos são considerados uma preparação para a competição, logo podem ser entendidos como uma pré-competição;
- III. Regras padronizadas e predefinidas. As regras do jogo definem um conjunto de procedimentos com guias e restrições e, por possuir regras predefinidas, podemos afirmar que apenas os seres humanos praticam esportes, posto que, para a sua prática, é necessário entender e respeitar as regras, algo que exige que seus participantes possuam capacidade de compreensão, interpretação e obediência das informações que lhe foram passadas.

Logo, para se praticar desportiva, é pressuposto necessário que seus praticantes possuam capacidade de raciocínio, algo que é, pelo menos até hoje, exclusivo do ser humano. Os animais, apesar de não terem a capacidade de compreender e interpretar as regras, podem participar da prática esportiva, mas sempre o farão como meio, nunca como agente principal, como é o caso da corrida de cães (CASTRO, 2014, p. 08).

Portanto, o conceito de esporte pode ser definido como uma atividade física competitiva, delimitada por regras específicas, tendo sempre o ser humano como agente principal.

Considerando, portanto que o Direito é regra, afirma-se então que ele sempre será parte essencial do esporte.

2.1 Esporte, desporte ou desporto?

Segundo Lyra Filho (1959, p. 27), a palavra “esporte” é derivada de “*sport*”, palavra inglesa tirada do antigo francês “*desport*” ou “*desporter*”, ambos verbetes do século XII, que remetia a divertimento, conforme descreve Cunha (2015, p. 97).

Por sua vez, a palavra desport “*es de origen mediterráneo y gremial. Para el marino mediterráneo, estar du-portu significa, entre otras cosas, dedicar su tiempo libre a juegos del puerto*” (SALCEDO, 1989, p. 133).

Portanto, as nomenclaturas esporte/desporte/desporto, possuem o mesmo significado e se relacionam a ocupação de tempo livre, ou seja, o lazer.

2.2 A origem do desporto

Não há quem consiga precisar a origem dos desporto, todavia, tem-se a idéia de que ele pode ter surgido a partir do momento em que o ser humano passou a ter o tempo livre.

Para Ortega y Gasset (1967, p. 259) *apud* Castro (2014, p. 8), o desporto pode ter surgido da evolução da dança, outros da modificação de ritos religiosos, e outros, ainda, do aprimoramento e exercício das capacidades vitais (caça, pesca, lutas), outros, da realização dos Jogos Olímpicos da Antiguidade, mas o certo é que a sua existência está atreladas a dois fatores.

O primeiro: o ser humano ter passado a viver em sociedade, fato que gerou uma possibilidade de divisão do “esforço obrigatório” de sobrevivência do indivíduo, qual seja caçar, guardar a caça, cozinhar, alimentar-se, ou seja, sobreviver ao ambiente hostil em que se encontrava. “Esforço obrigatorio” que modernamente pode ser entendido como aquele “que entraña la impetativa satisfacción de necesidades, es decir, el trabajo”

O segundo, que é consequência do primeiro: com a divisão das tarefas relacionadas ao “esforço necessário”!, o ser humano passou a ter mais tempo livre e, assim, a fim de ocupar esse tempo livre, criou o chamado “esforço superfluo”, o que possivelmente deu origem às denominadas atividades culturais, como a dança, a crença, a arte e a prática desportiva.

Enfatiza, ainda, que passados os anos e modernizando-se os instrumentos de trabalho, o ser humano passou a ter mais tempo para dedicar-se ao “esforço supérfluo”, e assim, tendo em vista que os etvadores e/ ou trabalhadores dos portos, quando não ocupados no exercício do seu “esforço necessário”, dedicavam seu tmepo livre a esse “esforço supérfluo”, que eram dentre outros, “*juegos del puerto*”, surge, como descrito acima, a palavra “*desport*”, que, aportuguesada, deu origem a palavra “desporto”, como proposta de Coelho Neto (1864-1936)²

Com isso, conclui-se portanto, que esporte, desporte e deporto nada mais são do que palavras sinônimas.

3 | O DESPORTO COMO DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL

A Constituição da República de 1988, cumpriu sua função como Lei Maior no âmbito desportivo. Acompanhou e integrou-se ao ambiente, ao meio social com as mudanças culturais e sociológicas do País.

Traz respaldo constitucional para que legislações infraconstitucionais sejam modernizadas, apesar da demora, uma verdade evolução na legislação desportiva nacional conforme salienta Álvaro Melo Filho (1995):

² Coelho Neto (Henrique Maximiano Coelho Neto), romancista, crítico e teatrólogo, nasceu em Caxias, MA, em 21 de fevereiro de 1864, e faleceu no Rio de Janeiro, RJ, em 28 de novembro de 1934.

A constituição do desporto através do art. 127 da Carta Magna de 1988 teve, primordialmente, a virtude de ressaltar que as decantadas potencialidades do desporto brasileiro ganham mais consistência e força expressiva, quando é a própria Constituição que aponta diretrizes para que as atividades desportivas desenvolvam-se em clima de harmonia, de liberdade e de justiça com sentido de responsabilidade social, além de dotar o desporto nacional de instrumentos legais para, senão reduzir, pelo menos resolver desportivamente grande parte das demandas entre os atores desportivos (...).

Saliente-se preliminarmente que o poder da Constituição não deve ser superestimado e exacerbado: embora ela influa na realidade, modificando-a, modelando-a, aperfeiçoando-a, elevando-a no sentido de aproximar bens e valores tidos como bons em relação ao homem e à sociedade, não como uma força todo-poderosa e, menos ainda, uma vareta mágica capaz de transformar o real daquilo que é, naquilo que pretende que ele seja.

[...]

Se por um lado não há por que excluir-se o novo só para contentar os passadistas, por outro lado, não se pode dar ao luxo de colocar na Constituição o que a vida desrespeitará (...).

Por isso, tendo a nova Carta magna contemplando o desporto, afigura-se oportuno dissecar as normas desportivas elevadas ao patamar constitucional e sua ressonância na práxis jurídica (MELO FILHO, 1995, p. 34-38).

Os dispositivos constitucionais marcaram o ineditismo e a evolução de seu texto, estruturando e balizando o desporto brasileiro por meio de um artigo, quatro incisos e três parágrafos, os quais constituem a essência da lex esportiva pátria, assegurando assim, o devido status constitucional, cuja importância é, também, ressaltada por Álvaro Melo Filho (1989, p. 10):

Promulgada a nova Carta Magna, é oportuno apontar-se o sentido e o alcance das normas desportivas incorporadas ao novo texto constitucional. Estes dispositivos constituem estrutura de concreto armado do desporto brasileiro, que se espera apta a enfrentar os desafios do terceiro milênio, livre de modismos e fincada numa necessidade real de democratização e respeito aos direitos de cidadania, especialmente do direito ao desporto (MELO FILHO, p. 1989, p 10).

O art. 24 da Constituição prevê, sob o Título III da Organização do Estado, a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre algumas matérias que arrola taxativamente, incluindo nestes itens o desporto:

Art. 24 – Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

IX – educação, cultura, ensino e desporto.

Importante ressaltar que, na anteriormente, na Carta de 1967, por meio da Emenda de 1969, estabelecia competência privativa da União para legislar e estabelecer normas gerais sobre desporto (art. 8º, inc. XVII, alínea “q”).

Com o advento da Carta de 1988, em sede de legislação concorrente, a União continuou competente para estabelecer normas gerais, podendo os Estados e o Distrito Federal legislar, complementando os pormenores necessários à aplicação das normas gerais e dos princípios dispostos em lei federal.

Antes dessa previsão, a Constituição de 1988, em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, inciso XXVIII, consagra o Direito de Arena³ aos atletas de quaisquer práticas desportivas, conforme tratamento legal preexistente no art. 100 da Lei 5988/1973, expressando ser “assegurada a proteção, nos termos da lei às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas, conforme descreve Ambiel (2014, p. 14-21).

Assim, o universo desportivo é constituído de fenômenos desportivos e aspectos jurídicos, quais sejam as regras e leis que organizam a atividade desportiva, desde as chamadas regras do jogo, regras técnicas e de maior relevância, aos princípios deontológicos e normas que disciplinam a prática e sua inserção no meio social e econômico, levando, para tanto Álvaro de Melo Filho (2015, p.2) a tratar o Direito Desportivo como uma realidade palpável que exsurge da convergência e simbiose entre desporto e direito. Induvidosamente, é cediço entre doutrinadores nacionais e estrangeiros que o Direito Desportivo constitui-se em uma disciplina jurídica com características próprias, autônoma e de peculiaridades que o distingue de outros ramos da frondosa árvore jurídica.

Para Penteadó (2016, p. 97), a Constituição Federal, ao tratar do Desporto, faz uma integração à educação e a vida do homem comum, ao se referir ao artigo 217, onde aduz acerca do dever do Estado em destinar recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional (inc. II, e incentivar o lazer como forma de promoção social (§3º).

Seção III

Do Desporto

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

(...)

§ 3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Como uma das formas de promoção social do lazer, neste aspecto, o desporto se integra aos direitos sociais agrupados no art. 6º da Constituição Federal, integrando-se aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, inc IV) e, no mesmo título da Ordem Social, consolida-se para assegurar-se a criança, ao adolescente e ao jovem como

3 A doutrina aponta que o Direito de Arena se opera no local onde se realiza o evento esportivo com presença de público, comumente denominado “arena” em razão de referir-se aos modernos ginásios e estádios onde eles se realizam, correspondendo “à titularidade jurídica para exposição pública e de todos os direitos que surgem a partir do momento que referido evento ocorre, seja por meio da cobrança de ingressos dos espectadores presentes, seja pela autorização para captação e transmissão dos fatos por meios audiovisuais.”

absoluta prioridade (art. 227)⁴.

Para Penteadó (2016, p. 98) o esporte funciona como fator de integração entre pessoas, articulador de grupos sociais, congraçando o espírito coletivo e a sociabilidade entre seus praticantes. A evolução da doutrina do direito desportivo no Brasil conduziu para que a própria Constituição Federal de 1988 impusesse como dever de o Estado garantir e fomentar práticas esportivas, difundindo estas atividades no meio social.

Manoel Tubino (2001) assevera que o papel do Estado como indutor da prática desportiva como meio de promover o bem-estar social, não porque ele esteja gradativamente sendo inserido nas constituições dos Estados, mas pela capacidade institucional e política de tratar de forma interdisciplinar toda gama de problemas sociais que esteja sob sua responsabilidade pública. Assim, ressalta:

(...) qualquer programa esportivo de uma política voltada para o bem estar social deve estimular as pessoas a buscar satisfações na família, na comunidade e na profissão. Elas devem ser planejadas para reduzir o papel das agências governamentais na vida dos cidadãos e promover a autodeterminação, a autossuficiência, e a convivência respeitosa entre seus beneficiários.

A ação do Estado, no sentido de bem-estar social, utilizando o esporte como meio, deve compreender programas relacionados à educação, saúde, seguro-desemprego, terceira idade, infância em situação de carência e abandono, e outras áreas de problemas sociais agravados, devendo sempre atuar nas causas, consequências e segurança (TUBINO, 2001, p. 24).

De forma proposital dentro de nossa carta maior, estão perfilados a Saúde/Seguridade Social, Educação, Cultura e Desporto como primeiro capítulos (II e III) do Título VIII, haja vista que tais temas representam prioritariamente o objetivo de bem-estar e a justiça da Ordem Social, principalmente no que se refere ao papel do desporto, como forma de promoção social, articulado no texto constitucional, conforme enfatiza Alvaro de Melo Filho (1995):

Inclui-se o desporto no novo Estatuto Fundamental face a sua importância quantitativa, sua dimensão estrutural, sua abrangência conjuntural e sua enorme transcendência para a qualidade devida como objetivo maior de todo o Estado Social de Direito, nos planos nacional e internacional. Vale dizer, a vida institucional do desporto já não pode andar indiferente aos homens e à própria Constituição do país, na medida em que o desporto, tábua dos fatos sociais altamente valorizados, não se revela apenas como movimento social de massa, mas também como uma contínua manifestação da vida cultural, atuando na atmosfera social da Nação e integrando a vida de seu povo, como parte inseparável dos programas de desenvolvimento educacional, social e de saúde (MELO FILHO, 1995, p. 38).

Embora seja necessário fazer a diferenciação entre desporto profissional e o não

4 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (EC nº 65/2010).

profissional, na exata medida em que o dispositivo constante do art. 217, inciso III da Constituição Federal reza, o Estado vem cumprindo o seu mister de desenvolver o desporto social, e “fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um”.

4 I O DESPORTO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inerente à República Federativa do Brasil. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Interessante que tal temática está intimamente ligada ao Estado, e neste sentido, oportuno trazer a contribuição de Hanna Arendt (2012, p. 53), onde destaca que os Direitos Humanos podem ser passíveis de ser exercidos junto do Estado, visto ser pressuposto da cidadania⁵, a qual só pode ser realizada dentro do Estado, senão, vejamos:

Os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante, ou seja, o Estado deve ser instrumento dos homens e não o contrário (ARENDR, 2012, p. 53).

Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento cidadão e da República, a essa categoria erigido por ser um valor central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade, portanto, um princípio fundamental alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há como ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar a instabilidade do regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto.

4.1 O imigrante e o refugiado como titular de direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana

Sarlet (2015, p. 211) destaca que, diante do princípio da universalidade a que todas as pessoas, pelo simples fato de serem pessoas, estas são titulares de direitos fundamentais e neste ensejo, os refugiados e imigrantes fazem parte desse contexto.

Todavia, algumas distinções entre o nacional e o estrangeiro são observadas no tocante à cidadania e à nacionalidade, uma vez que esta configura vínculo político e pessoal entre o indivíduo e o Estado, havendo uma integração com a comunidade política (MENDES; BRANCO, 2012, p. 59).

Inseridos nas ideias acerca do contexto sobre aquilo que, de fato seja ou representa a dignidade humana, podemos, portanto, refletir a respeito da efetividade da dignidade

⁵ O reconhecimento do indivíduo como pessoa com personalidade reconhecida em qualquer lugar, ou seja, a base do direito à cidadania (significando participação política), é positivado no artigo 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

humana dos imigrantes e dos refugiados na atualidade. Porém para o ACNUR⁶ é importante salientar ‘imigrantes’ e ‘refugiados’ não se confundem, sob pena de conferir tratamentos iguais para pessoas em situações diferentes.

Há uma definição legal uniforme para o termo “imigrante” não existe em nível internacional⁷. Alguns formuladores de políticas, organizações internacionais e meios de comunicação compreendem e utilizam o termo “migrante” como um termo generalista que abarca migrantes e refugiados. Por exemplo, estatísticas globais em migrações internacionais normalmente utilizam uma definição de “migração internacional” que inclui os movimentos de solicitantes de refúgio e de refugiados (ACNUR, 2016).

No mesmo sentido, em discussões públicas, essa prática pode facilmente gerar confusão e pode também ter sérias conseqüências para a vida e segurança de refugiados. “ Migração ” é comumente compreendida implicando um processo voluntário; por exemplo, alguém que cruza uma fronteira em busca de melhores oportunidades econômicas. Este não é o caso de refugiados, que não podem retornar às suas casas em segurança e, conseqüentemente, têm direito a proteções específicas no escopo do direito internacional (ACNUR, 2016).

Já os refugiados são aquelas pessoas estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados à sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. Também são consideradas refugiadas aquelas pessoas que foram obrigadas a deixar seus países devido a conflitos armados, violência generalizada e graves violações dos direitos humanos, nos termos do Estatuto dos Refugiados de 1951.

Todos os anos, ao redor do mundo, milhões de refugiados e um número ainda maior de pessoas deslocadas dentro de seus próprios países são forçados a abandonar tudo – suas casas, seus empregos, familiares, amigos e bens – para preservar sua liberdade, garantir sua segurança e assegurar sua vida. Não se trata de uma escolha, mas, sim, da única opção possível.

Embora haja semelhanças entre os dois institutos, o próprio ACNUR ressalta que ambos são confundidos entre si e tratados com desconfiança e, muitas vezes, preconceito e intolerância. Os sistemas de proteção internacional estão sob intensa pressão. Em muitos países, os controles de fronteiras estão cada vez mais rigorosos para impedir a entrada de migrantes em situação irregular e melhorar a segurança interna.

Portanto, ainda que não seja concebida a titularidade de todos os direitos inerentes

6 De acordo com a cartilha do ACNUR disponível em A agência da ONU para Refugiados (ACNUR) foi criada em dezembro de 1950, por resolução da Assembleia Geral da ONU. Iniciou suas atividades em janeiro de 1950, com mandato inicial de três anos para reassentar refugiados europeus que estavam sem lar após a Segunda Guerra Mundial. Seu trabalho tinha como base a Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados. Em 1955, a Assembleia Geral ampliou o mandato do ACNUR, designando-o como responsável pela proteção e assistência dos apátridas em todo o mundo. Em 2003, foi abolida a cláusula que obrigava a renovação do mandato do ACNUR a cada triênio.

7 A Convenção de 1990 sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias define o termo “trabalhador migrante”. Ver também o Artigo 11 da Convenção da OIT de 1975 sobre Migrações em Condições Abusivas e Proteção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes (nº 143) e da Convenção da OIT de 1979 sobre Trabalhadores Migrantes (nº 97); assim como o Artigo 1 da Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante.

aos nacionais, é assegurado ao estrangeiro – seja imigrante, seja refugiado – a titularidade dos direitos fundamentais, pautados no metaprincípio da dignidade humana e nos princípios da igualdade e da universalidade.

5 I A RESTAURAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DO DESPORTO: O RESGATE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO ESTRANGEIRO

Os direitos concentrados no capítulo “Da Ordem Social”, no texto constitucional, têm por propósito o resgate da dignidade humana para todos os cidadãos e neste íterim, prevê o direito ao desporto. Tais direitos sociais objetivam a formação do ser humano integral: agente da sociedade, das relações de trabalho, construtor do mundo moderno e, ao mesmo tempo, um ser relacional, humano, que, desse modo, deve integrar sua vida com o lazer, o convívio familiar e a prática desportiva (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 351)

O desporto, quer como forma de lazer, quer como parte da atividade educativa, quer ainda em caráter profissional, foi incorporado ao nosso sistema jurídico no patamar de norma constitucional. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 369).

Portanto, o desporto é uma linguagem universal e fornece uma plataforma vital para sensibilizar as questões de deslocamento e de apátridas e ajudar a mudar as percepções e atitudes.

5.1 L'équipe (des immigrés) championne de la Coupe du Monde

A manchete do sítio ‘Gauchazh’, do Grupo RBS da Porto Alegre⁸, estampava a seguinte matéria em 14 de julho de 2018: “França conta com a força dos imigrantes para buscar o bi na Copa do Mundo. Seleção é a maior expoente da presença de jogadores de origens estrangeiras em um Mundial marcado pela miscigenação”.

Quando os *Bleus* entram em campo para a final da Copa do Mundo, ao meio-dia de domingo, dia 15 de julho de 2018 em Moscou, os 23 jogadores do elenco não representaram apenas a República Francesa. Com atletas de origens distintas e um passado de imigração, a equipe levou na bagagem traços multiculturais de outros 13 países, nações tão diferentes quanto Camarões, a ilha caribenha de Martinica e a Espanha. Algo comum na história francesa, marcada pelo colonialismo na África e no Caribe, e que se reflete na seleção.

Como o próprio nome explicita, a Copa do Mundo é um torneio feito para abarcar a maior quantidade possível de nações no futebol de alto nível. Em um mundo globalizado, nada mais natural que inúmeras equipes atuem com um número considerável de jogadores naturalizados.

Contudo, se há alguma seleção que represente ou representou com dignidade a mistura entre povos de origens distintas, essa foi a seleção da França. A campeã do mundial é praticamente um apanhado de etnias diferentes, com atletas não só descendentes de

⁸ França conta com a força dos imigrantes para buscar o bi na Copa do Mundo. Seleção é a maior expoente da presença de jogadores de origens estrangeiras em um Mundial marcado pela miscigenação.

culturas, classes e religiões variadas, como possui até mesmo integrantes nascidos em outros países. Em suma, um retrato fiel da heterogeneidade que marca a própria França.

Importante frisar, dentro de uma ideia de dignidade da pessoa humana que, esses jogadores se destacam, 'são usados como exemplos de uma integração que funciona' (CHADE, 2018)⁹.

O futebol, a modalidade esportiva mais popular do mundo, em nível de mundial, passou a ganhar grande importância no que diz respeito a participação de imigrantes. E diante da máxima que a prática desportiva pode restaurar a dignidade das pessoas, a França passou a ser um país cujo campo serviu como um espelho das mudanças culturais (CHADE, 2018).

5.2 Outras equipes e seus protagonistas imigrantes

Para avançar com tais reflexões, é necessário lembrar que a presença de jogadores interculturais nos campeonatos/ligas de futebol e nas seleções nacionais europeias é um caso que, obviamente, transcende as fronteiras francesas. Inglaterra, Holanda, Portugal, Itália, Bélgica e Alemanha, entre outros tantos países, que ocuparam ou não o papel de potências coloniais em um passado recente, revelam em seus tecidos sociais e em suas seleções nacionais as faces multicolores, multiétnicas e plurais de suas identidades pós-coloniais (OLIVA, 2015, 409).

A Bélgica foi uma equipe que viu a presença estrangeira influenciar diretamente em sua campanha no mundial. Dos 14 gols marcados pela seleção belga campeonato, 10 vieram de filhos de imigrantes. O país é considerado um dos mais multiétnicos do mundo, pois ao longo da história vem recebendo diversas pessoas de várias nações, refletindo, portanto, na seleção¹⁰.

Com a internacionalização cada vez maior das grandes equipes, o intercâmbio de atletas aumenta e diante disso, eis que insurge a lógica global de dissolução de fronteiras.

5.3 A Olimpíada dos refugiados no Rio de Janeiro

Segundo o sítio Migramundo (2016), os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro tiveram como uma de suas grandes marcas a participação pioneira de uma delegação formada apenas por refugiados. Muito mais do que a competição, o fato de participarem no maior evento esportivo do mundo era uma oportunidade de mostrarem ao planeta suas habilidades, histórias de superação e de como buscam viver com dignidade para trilharem seus próprios caminhos. E não apenas em relação a si próprios, mas também em relação aos demais refugiados no mundo.

⁹ CHADE, Jamil Cesar é brasileiro, graduado em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, é mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Genebra (Suíça), e correspondente do jornal O Estado de São Paulo na Europa desde 2000, tratando de diversos assuntos internacionais, entre eles, Copa do Mundo de Futebol e esporte em geral.

¹⁰ NEVES, Marcello. Filhos de imigrantes são protagonistas de França e Bélgica: Jogadores de famílias de imigrantes ou naturalizados venceram o preconceito para brilhar na Copa e chegar à semifinal.

Sob a bandeira do Comitê Olímpico Internacional (COI), os atletas, cinco corredores do Sudão do Sul, dois nadadores da Síria, dois judocas da República Democrática do Congo e um maratonista da Etiópia, se apresentaram com o fito principal de chamar a atenção do mundo esportivo para a conscientização dos problemas dos refugiados (COI, CARTA OLÍMPICA, REGRA 5 *apud* MIALHE, 2017, p. 55).

Diante da apresentação desses atletas, à época, o presidente do COI, Thomas Bach acrescentou:

A participação dos refugiados enriquece a sociedade. Estes atletas mostrarão ao mundo que, apesar das tragédias inimagináveis que cada um deles teve, podem contribuir com a sociedade através de seu talento, habilidades e força de vontade

Uma das integrantes da equipe dos refugiados, a nadadora síria Yusra Mardini, ao discursar brevemente na 129ª Sessão do COI, ressaltou:

(...) os refugiados podem fazer e realizar várias coisas. (...) foi difícil deixar nossos países. E não escolhemos o nome de refugiados. Estou contente por ser parte deste time e por representar mais de 60 milhões de pessoas, que foram forçadas a se deslocar de suas regiões de origem por causa de guerras, conflitos e perseguições. Esperamos inspirar novos atletas em todo o mundo, não apenas refugiados (...).

A refugiada síria virou um exemplo a ser seguido por jovens de seus país, dispondo de apenas uma camiseta e uma calça jeans, teve que nadar entre a Turquia e a Grécia para salvar a própria vida. Atualmente, é embaixadora da Boa Vontade do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), já tendo discursado no Fórum Econômico Mundial e se encontrado com líderes mundiais, tais como o ex-presidente dos Estados Unidos Barack Obama e o Papa Francisco.

Durante a estada na Vila Olímpica, os atletas refugiados se tornaram as ‘estrelas’, onde tiveram a oportunidade de compartilhar suas histórias e experiências, pois meio de conversas e entrevistas para a imprensa nacional e internacional, tornando-se, portanto, conhecidos em todo o mundo.

Porém, para que tudo isso ocorresse, a Solidariedade Olímpica (SO), cobriu as despesas de viagem dos atletas olímpicos refugiados e as suas despesas durante a realização dos Jogos Olímpicos. Importante ressaltar que a SO tem por objetivo organizar a assistência a todos os Comitês Nacionais, principalmente aqueles mais necessitados, com foco nos programas multifacetados cuja prioridade seja o desenvolvimento dos atletas, inclusive refugiados, a formação de treinadores e dos dirigentes esportivos e a promoção dos valores olímpicos (COI, CARTA OLÍMPICA, REGRA 5 *apud* MIALHE, 2017, p. 55).

Para a vice-chefe da Agência da ONU para refugiados (ACNUR), Kelly T. Clements¹¹,

11 CLEMENTS, Kelly T., Alta Comissária Adjunta desde 6 de julho de 2015, intimamente envolvida com questões de refugiados e deslocação ao longo da sua carreira de três décadas. Foi membro do Serviço de Executivos Sênior, servindo como Subsecretária Assistente de Estado no Escritório de População, Refugiados e Migração (PRM), onde foi responsável por questões humanitárias na Ásia e no Oriente Médio, política global e Orçamento. Em 2014, ela foi

a capacidade de realização, determinação e superação dos refugiados foi naturalmente ressaltada pela equipe, em todas as competições nas quais participou. Os atletas são um símbolo máximo de espírito humano, determinação e paixão, além de representarem histórias verdadeiras de coragem e heroísmo, mostrando que esporte integra e humaniza.

5.3.1 Legado para o futuro

As autoridades do COI e do ACNUR já fazem planos sobre o futuro desta iniciativa, liderada pelo Comitê Olímpico Internacional – com o apoio da Agência da ONU para Refugiados.

Segundo Clementes¹², a equipe capturou a atenção do mundo, pois em um curto período de tempo deixou um legado ao participar dos Jogos Olímpicos, inspirando todos a trabalhar mais pela paz e ajudar as pessoas que são obrigadas a fugir das guerras e dos conflitos. Afirmou ainda que o ACNUR e o COI continuarão a trabalhar juntos para “oferecer oportunidades aos atletas refugiados e a outros refugiados para que encontrem um futuro em face às adversidades que enfrentam”.

Na mesma toada, o presidente do COI durante a reunião em Buenos Aires, o Comitê Olímpico Internacional (COI), anunciou que montará uma equipe de refugiados para disputar a Olimpíada de Tóquio, em 2020, sendo, portanto, a continuação da participação dos refugiados sob a bandeira da entidade (OLIMPIADA TODO DIA, 2016).

Segundo sítio, a iniciativa é uma continuação do compromisso do COI de desempenhar seu papel no enfrentamento da crise global de refugiados e outra oportunidade de continuar a transmitir a mensagem de solidariedade e esperança a milhões de refugiados e atletas deslocados internamente em todo o mundo.

5.3.2 A criação da Fundação Olímpica para Refugiados

Após o sucesso da participação do time de refugiados nos Jogos Olímpicos Rio 2016, o Comitê Olímpico Internacional (COI) deu início a mais uma iniciativa para apoiar os milhões de pessoas que deixam suas nações em todo o mundo por conta de guerras e problemas sociais. No encerramento do Congresso da entidade, que aconteceu em Lima no Peru, em setembro de 2017, o COI anunciou a criação da Fundação Olímpica para Refugiados, com o objetivo de promover o esporte em diferentes países e comunidades. (OLIMPIADA TODO DIA, 2016).

Este projeto deverá oferecer lugares seguros não só para refugiados, mas também para imigrantes em assentamentos e contribuir para uma sociedade inclusiva, facilitando, portanto, a naturalização dessas pessoas.

vice-chefe interino da missão na embaixada dos EUA em Beirute, no Líbano.

¹² Op. cit. 11.

5.4 A inclusão de refugiados por meio do desporto no Brasil

No Brasil, o projeto Futebol das Nações, promovido pela ONU Mulheres Brasil em parceria com a Prefeitura do Rio, Cáritas com o apoio do Acnur, promove a integração dos refugiados e proporciona um espaço de debate sobre temas relacionados à inserção na sociedade, como preconceito, acesso ao mercado de trabalho, igualdade de gênero, violência contra as mulheres e até mesmo o ensino da língua portuguesa.

Com o tema “Não me julgue antes de me conhecer”, a Copa dos Refugiados, uma iniciativa da ONG África do Coração, é um evento que vai muito além do futebol. É inclusão social, aproximando a todos pelo esporte que é paixão nacional e mundial. É inclusão digital, auxiliar a comunicação com a família e o acesso à internet. É a inclusão cidadã, pois os atletas têm a oportunidade de realizar exames médicos gratuitos, expor danças típicas e gastronomia dos países de origem. E, por fim, inclusão trabalhista, pois o evento conta com estações para recrutamento de empresas e plataforma online de cadastro de currículos.

Os organizadores do evento proporcionam aos refugiados (e imigrantes) registro de vídeo a fim de que estes possam enviar mensagens aos familiares que não vieram ao Brasil. Os times de futebol amadores, os chamados “de várzeas” enviam pessoas a fim de analisar a performance de cada atleta. Os “olheiros” vêm atrás de um possível craque ou um próximo adversário, integrando ainda mais as pessoas por meio do esporte

E para a felicidade desses atletas, jogadores e ex-jogadores são convidados para participar do evento, com apoio dos clubes e grandes figuras da imprensa, além de lançarem álbum de figurinha com mini currículo dos jogadores, em versão impressa e digital.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O esporte é um instrumento que permite a autodescoberta, o aumento da autoconfiança e da autoestima, mas é também um meio poderoso de mobilização, ao reunir pessoas de diferentes crenças, culturas e origens étnico raciais. As competições esportivas internacionais, além de oferecer entretenimento, reforçam a construção da identidade cultural e do sentimento de pertencimento dos povos.

E diante de tudo que foi apresentado neste artigo, não há dúvidas que a prática do desporto pode ser entendida como um direito humano inalienável, sendo considerado sempre da forma mais universal e democrática possível: esporte para todos.

Diante de uma relevante e propícia oportunidade para exposições, discussões e debates de ideias, entende-se que é hábil, tempestiva e adequada a apresentação da tese segundo a qual o Direito assegura e admite a prática desportiva como sendo um direito fundamental, principalmente como eixo integrador desses novos personagens que passaram a fazer parte do novo cenário mundial.

Sabemos que o fenômeno migratório é inerente à história da humanidade e que se comprova inclusive na própria natureza com os deslocamentos de grupos populacionais na

procura de melhores condições de existência para assegurar a sobrevivência. Além disso, a imigração é algo já comumente relacionada às populações que fogem de seus países para encontrar melhores condições de trabalho, de moradia, de vida.

Podemos nos debruçar acerca deste tema quando da Copa do Mundo, realizada na Rússia em 2018, a qual mostrou a face de algumas seleções europeias. O futebol acolheu e foi afetado pelo fenômeno migratório que transformou os times nacionais e contribuíram para a formação de seleções mais fortes em razão do campeonato. Foi o que aconteceu com a seleção francesa, ou os “*Les Bleus*”, que conquistaram o bi mundial com a presença maciça de atletas descendentes diretos de famílias africanas, oriundas de lugares colonizados pelos franceses ou naturalizados, trazendo a baila, discussões geopolítica e o advento de uma nova sociedade no mundo da bola.

Na mesma seara, diante da realização das ‘Olimpíadas Rio – 2016’, os olhares bucamam a direção dos refugiados. A equipe, que se chamou ‘*Team Refugee Olympic Athletes*’ (Time dos Atletas Olímpicos Refugiados), contou com dez atletas, que fugiram de seus países, empunhando na cerimônia de abertura, a bandeira olímpica.

Por meio do desporto, pode-se desenvolver ações que promovem a inclusão social de uma forma geral, e em particular projetos que tenham como objetivo a restauração da dignidade da pessoa humana às pessoas, e em especial, aos imigrantes e refugiados, como demonstrado.

Se para alguns, a prática do desporto é apenas motivo para competição entre povos, para outros, pode ser o epicentro de histórias de vida, aconchego e parceria, compreendendo-se, portanto, que o desporto é um vetor significativo na restauração da dignidade da pessoa humana.

O desporto é uma prática universal, todos conhecem alguma modalidade, não apenas as nuances e os interesses individuais físicos, mas os emocionais, afetivos, sem exclusão desses personagens, especialmente por essas pessoas que encontraram em nosso país a oportunidade de reconstruir suas vidas.

Portanto, o Estado, por este prisma, não pode apenas vislumbrar o esporte como um simples instrumento programático, mas, obrigatoriamente, tem o dever de fomentar o desporto como um direito fundamental.

E sendo um direito fundamental, institucionalizar dos direitos e as garantias do ser humano, sendo, portanto, um instrumento de inclusão, humanização e consciência social. Um incentivo que visa propagar a mensagem de união, tolerância, igualdade e, acima de tudo, de respeito aos imigrantes e refugiados

REFERÊNCIAS

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Histórico**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em 20 nov. 2018.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Refugiados emigrantes**: perguntas frequentes. 22Mar2016. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em 20 nov. 2018.

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Yusra Mardini**. Disponível em <https://www.acnur.org/yusra-mardini.html>. Acesso em: 16 nov. 2018

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Legado da Equipe Olímpica de Atletas Refugiados é ressaltado pelo COI no encerramento da Rio 2016. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/08/22/legado-da-equipe-olimpica-de-atletas-refugiados-e-ressaltado-pelo-coi-no-encerramento-da-rio-2016/> Acesso em: 16 nov. 2018.

AFRICA DO CORAÇÃO. A Copa dos Refugiados. Disponível em: <http://africadocoracao.org/>. Disponível em: 17 nov. 2018. Adaptado.

ALBOR SALCEDO, Mariano. **Deporte y derecho**. México, DF: Trillas, 1989.

AMBIEL, Carlos Eduardo. **Direito de arena dos atletas profissionais**: titularidade, abrangência, forma de repasse e natureza jurídica. Revista do Advogado, Ano XXXIV nº 122, p. 14-21, abril de 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. 11ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2012.

BACH, Thomas. **Presidente do Comitê Olímpico Internacional (COI)**. Disponível em <https://www.olympic.org/mr-thomas-bach>. Acesso em: 16 nov. 2018. Adaptado.

BARSANTI, V. J. **O que é esporte?** Revista Brasileira de Atividade Física e Saúde, Pelotas, v. 11, n. 1, p. 54-58, jan. 2006.

BRASIL. **Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto do refugiado, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 28 jan. 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. **Pela primeira vez, equipe de refugiado disputa Olimpíadas**. Cidadania e Justiça, 05 Ago 2016. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/08/pela-primeira-vez-equipe-de-refugiados-disputa-olimpiada>. Acesso em 16 nov. 2018. Adaptado.

CASTRO, Siqueira. **A Constituição aberta e direitos fundamentais do homem**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHADE. Jamil Cesar. **Para Lloris, conquista da França terá um impacto forte na sociedade:** filho de banqueiro, goleiro destaca vitória de um time repleto de filhos de imigrantes <https://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,para-lloris-conquista-da-franca-tera-um-impacto-forte-na-sociedade,70002404443>. Acesso em: 20 nov. 2018.

COELHO NETO, Henrique Maximiano. **Biografia**. Disponível em: <http://www.academia.org.br/academicos/coelho-neto/biografia>. Acesso em 06 abr. 2019.

CUNHA, Antonio Geraldo da Cunha. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4. ed. Lexikon: São Paulo, 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 06 abr. 2019.

DICIO. **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2018. Disponível em: <http://www.dicio.com.br>. Acesso em: 06 abr. 2019.

GAUCHAZH. **Copa do Mundo**. Grupo RBS. Porto Alegre, 14 de julho de 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/esportes/copa-do-mundo/noticia/2018/07/franca-counta-com-a-forca-dos-imigrantes-para-buscar-o-bi-na-copa-do-mundo-cjkkndrys0sd701qoxtcrrmsi.html>. 14Jul2018. Acesso em: 15 nov. 2018. Adaptado.

LYRA FILHO. João. **Introdução ao direito desportivo**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1959.

MELO FILHO, Álvaro. **O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php>. Acesso em: 06 abr. 2019.

MIGRAMUNDO. **E como ficam os refugiados após os Jogos Olímpicos?** Disponível em: <https://migramundo.com/e-como-ficam-os-refugiados-apos-os-jogos-olimpicos/>. Acesso em 16 nov. 2018.

NEVES, Marcello. **Filhos de imigrantes são protagonistas de França e Bélgica:** Jogadores de famílias de imigrantes ou naturalizados venceram o preconceito para brilhar na Copa e chegar à semifinal. 10Jul.2018. Disponível em: <https://www.terra.com.br/esportes/lance/classico-europeu-franca-x-belgica-e-destaque-por-filhos-deimigrantes,06e7eccbd950a1b833bb735a1cfaefc5jzdpzx8s.html>. Acesso em: 15 nov. 2018. Adaptado.

OLIMPÍADA TODO DIA. COI confirma Equipe dos Refugiados para Tóquio 2020. Disponível em: <http://www.olimpiadatododia.com.br/la-fora/97942-equipe-dos-refugiados-para-toquio-2020/>. Acesso em: 15 nov. 2018.

SANCHES BRAVO, Álvaro A.; MIALHE, Jorge Luís. **Refugiados e migrações no século XXI:** direitos fundamentais e relações internacionais. A naturalização dos refugiados, p. 49-60. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2017.

SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ORTEGA Y GASSET, José. *El origen deportivo del Estado*. Citius, Altius, Fortius. [Reeditado], T.IX, Madrid: 1967.

PENTEADO, José Tadeu Rodrigues. **Direito desportivo constitucional**: o desporto educacional como direito social. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2016.

TUBINO, Manoel Jorge Gomes. **Dimensões sociais do esporte**. São Paulo: Ed. Cortez, 2001

CAPÍTULO 15

RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSO PARA PROFESSOR DO MAGISTÉRIO SUPERIOR

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 04/05/2021

Sandra Mara Silva de Leon

Universidade Federal do Pampa
Campus Dom Pedrito – RS
<http://lattes.cnpq.br/8965388787735143>

Geise Loreto Laus Vieg

Universidade Federal do Pampa
Campus Dom Pedrito - RS
<http://lattes.cnpq.br/4718695233598266>

RESUMO: O texto apresenta as formas utilizadas pelas Instituições Federais de Ensino Superior, para cumprir o disposto na lei 12.990/2014, quanto à reserva aos negros de 20% das vagas nos concursos públicos para professor do magistério superior. A questão da reserva de vagas para negros precisa ser avaliada, com padronização de critérios nos concursos que disponibilizam, na maioria dos casos, somente uma vaga para cada área do conhecimento, portanto, a partir da análise dos editais publicados e das formas de cumprimento da reserva de vagas, pretende-se fomentar o debate acerca das possibilidades de padronização. Ao enfrentar o desafio da reserva de vagas por edital global e concluir que deve ser adotado por todas as instituições de ensino, apesar do número reduzido de instituições que adotam esse entendimento, em torno de 10%, evidencia-se que há muito a ser construído para que as ações afirmativas cumpram o seu

objetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Reserva de vagas para negros. Concurso público. Edital global.

RESERVATION OF VACANCIES FOR BLACKS IN TENDER FOR TEACHER OF HIGHER EDUCATION

ABSTRACT: The text presents the ways used by the Federal Institutions of higher education, to comply with the provisions of Law 12.990/2014, regarding the reservation to blacks 20% of vacancies in public tenders for teacher of higher education. The question of the reservation of vacancies for blacks needs to be evaluated, with standardization of criteria in the contests that provide, in most cases, only one vacancy for each area of knowledge, therefore, from the analysis of the published notices and the ways of fulfilling the vacancy reservation, it is intended to foster the debate about the possibilities of standardization. When facing the challenge of reserving vacancies by global notice and conclude that should be adopted by all educational institutions, despite the reduced number of institutions that adopt this understanding, around 10%, there is much to be built for affirmative actions to fulfill their goal.

KEYWORDS: Reservation of vacancies for blacks. Public tender. Global notice.

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial da ONU, ratificada no Brasil, define no seu Artigo I, a discriminação racial como:

[...] qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. (BRASIL, 1969)

Para se adequar a Lei 12.990/2014 que prevê a reserva aos negros, de 20% das vagas disponibilizadas nos concursos públicos, as instituições públicas passaram a incorporar nos editais dos concursos públicos regras que estabelecem o cumprimento da legislação. No entanto, um longo caminho em busca de conhecimento e troca de informações foi percorrido até que cada instituição ao realizar as adequações necessárias possa ofertar suas vagas nos concursos públicos, em editais que contemplem a legislação e permitam o acesso no serviço público aos candidatos que cumpram todas as regras estabelecidas.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade 041/2017 declarou constitucional a Lei 12.990/2014, o que tranquilizou os mais exaltados opositores da chamada Lei das Cotas Raciais.

Nessa senda, para preencher as lacunas na legislação, surge a necessidade de que as instituições que precisam realizar concursos públicos para selecionar seus servidores dediquem-se ao estudo das possibilidades existentes para que possam selecionar os candidatos e cumprir a legislação. Dentre leis, instruções normativas, medidas provisórias, diversas orientações e recomendações dos órgãos de controle e, no caso das Instituições de ensino, notas técnicas da Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão fazem com que o desafio de selecionar seu quadro de pessoal seja ainda mais complexo.

Entretanto, apesar dos concursos públicos assegurarem aos negros o direito à reserva de vagas, com uniformidade de entendimento na efetivação dos seus direitos, o mesmo ainda não ocorre nos concursos públicos para professor do magistério superior.

Assim, o propósito do texto é abordar as percepções existentes para efetivação dos direitos dos negros quanto à reserva de vagas nos concursos públicos para professor do magistério superior no intuito de contribuir para unificação de entendimento e uniformização da prática. Busca-se, portanto, garantir o cumprimento da Lei 12.990/2014, sem olvidar os concursos com especificidades próprias - por vezes atípicas - como a seleção de, somente, um candidato para cada área do conhecimento nos concursos para o magistério superior.

2 | ENTENDIMENTOS ADOTADOS ACERCA DA RESERVA DE VAGAS

A análise dos editais publicados e os resultados obtidos através de pesquisa enviada por e-mail aos setores responsáveis pela organização dos concursos públicos de cada uma das 63 Instituições Federais de Ensino Superior que realizam concursos públicos para prover as vagas de professor do magistério superior, permite observar que

há uniformidade de entendimento para a reserva de vagas aos negros nos concursos para o quadro de pessoal técnico-administrativo em educação. Entretanto, a falta de orientação e regramento definido quanto ao cumprimento da Lei 12.990/2014 nos casos em que o cargo ofertado no concurso tem previsão de uma vaga para cada área do conhecimento, resulta na ausência de uniformidade na seleção de candidatos. Especificamente, é o que ocorre com a reserva de vagas aos negros nos concursos para o cargo de professor do magistério superior.

O estudo acerca do tema resultou na identificação de que atualmente as Instituições Federais de Ensino Superior utilizam três diferentes formas de cumprir a Lei 12.990/2014, com a publicação de editais que estabelecem a reserva aos negros de 20% das vagas previstas quando se destina a selecionar candidatos ao cargo de professor do magistério superior diante da oferta de uma vaga para cada área do conhecimento, são eles:

- 1) com a publicação de edital com três vagas, a disponibilidade de uma vaga para cada área do conhecimento elimina a necessidade de reserva de vagas;
- 2) o total de vagas, mesmo sendo uma para cada área do conhecimento, justifica a necessidade de cumprimento da lei e, desta forma, a reserva de vagas é realizada em algumas áreas do conhecimento previamente escolhidas, seja por sorteio ou por definição na elaboração do edital;
- 3) o total de vagas exige que a reserva de vagas para negros seja feita de forma global, isto é, reserva de vagas sem a definição da área do conhecimento, com a garantia de nomeação, dentro da reserva, para a área em que houver candidatos aprovados que se autodeclararem negros.

A análise parte da ciência e da aferição das questões que envolvem as diferentes formas de efetivação da reserva de vagas para negros, sob o ponto de vista da instituição que precisa completar o seu quadro de pessoal, os entendimentos existentes para cumprir com o estabelecido na Lei 12.990/2014, fomentar a discussão acerca dos desafios para efetivação do direito dos negros quanto à reserva de vagas nos concursos públicos, em especial, nos concursos públicos para professor do magistério superior das instituições federais de ensino.

2.1 Reserva de vagas em concurso com uma vaga para cada área do conhecimento

O primeiro entendimento a ser analisado, tem sua justificativa na necessidade da universidade em selecionar um professor, isto é, apenas um professor para determinada área do conhecimento. Dessa forma, ao entender que a especificidade da área pretendida não alcança o número mínimo de vagas previsto em lei para assegurar a reserva de vagas aos negros, esta não é realizada para as vagas ofertadas no edital, visto que a previsão é de que a reserva de vagas seja aplicada quando o número de vagas oferecidas for igual ou superior a (3) três.

Em verdade, a justificativa expõe a situação enfrentada atualmente por quem tem a

tarefa de selecionar um professor que, além de cumprir todos os requisitos do edital, esteja apto a despertar nos alunos o interesse pelo conhecimento na sua área de atuação.

Nesse contexto, a obrigatoriedade da reserva de vagas para cada uma das áreas específicas disponíveis no edital do concurso com oferta de uma vaga para cada área do conhecimento amplia ainda mais os desafios já encontrados pelas Instituições na seleção de seu quadro de pessoal.

Importante destacar que mesmo sem a previsão da reserva de vagas disponibilizadas no edital, os editais garantem a reserva de vagas a partir do surgimento de mais vagas para as áreas do conhecimento previstas, as Instituições cumprem o disposto na Lei 12.990/2014 quando há possibilidade de nomeação de mais de dois candidatos aprovados. Portanto, o surgimento de novas vagas culmina com a nomeação de candidato negro, através da reserva de vagas, na terceira nomeação efetivada em determinada área do conhecimento.

Constata-se que a efetivação das nomeações pela reserva de vagas, ocorre em raros casos, pois além do surgimento de novas vagas, a instituição deverá ter necessidade em nomear para determinada área do conhecimento com candidatos aprovados que tenham realizado sua inscrição pela reserva de vagas.

Podemos inferir que, nesse caso, não havia uma postura de ilegalidade ou de arbitrariedade diante do cumprimento do previsto na lei, mas a constatação que a falta de uniformidade de entendimento é capaz de produzir distorções na aplicação da lei.

A questão foi abordada pela Ação de Declaratória de Constitucionalidade 41, na qual o STF no item 3 exara:

Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. (ADC 41/2017)

Considerando que ADC 41/2017 foi decidida e teve seu acórdão com data de 08 de junho de 2017, evidencia-se que as Instituições devem passar por um período de adaptação e adequação em suas normas internas para cumprir a legislação que até então mostrava-se fragilizada pelo debate e controvérsia acerca de sua constitucionalidade.

Ao expor no item 3, *iii*, da ADC 41/2017 que os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida, o STF não deixa dúvidas quanto a inviabilidade de publicação de edital de concurso público sem a reserva de vagas, mesmo sendo uma vaga para cada área do conhecimento, visto que trata-se do mesmo cargo, ou seja, professor do magistério superior, e, ainda, que a inobservância configura burla a política de ação afirmativa.

2.2 Reserva de vagas para áreas do conhecimento previamente escolhidas

Outra forma de entendimento adotada pelas Instituições de Ensino Superior decorre da perspectiva de que a reserva de 20% das vagas deve ser realizada por cargo, isto é, independente da especificidade de cada vaga quanto aos requisitos para a posse, dessa forma, a publicação do edital do concurso para professor do magistério superior é realizada com previsão de reserva aos negros de 20% do total das vagas disponibilizadas, com a especificação da área de conhecimento em que será realizada a reserva.

Para a escolha das áreas que serão reservadas, algumas Instituições adotam sorteio e outras, realizam a escolha da área segundo critérios internos já definidos antes do lançamento do edital.

Ao mesmo tempo em que a instituição garante o cumprimento da lei quanto a reserva aos negros, o faz somente para áreas do conhecimento pré-determinadas no edital, obstaculizando o candidato de usufruir da reserva de vagas, pois exige que o candidato autodeclarado negro seja aprovado na área de conhecimento escolhida para reserva de vagas, o que pode, por vezes, significar uma barreira intransponível para a efetivação do direito.

2.3 Reserva de vagas por edital global

Identifica-se que algumas Instituições realizam seus concursos com a reserva de vagas para negros de forma global, isto é, reserva de vagas sem a definição da área do conhecimento, com a garantia de nomeação, dentro da reserva, para a área em que houver candidatos aprovados que se autodeclararem negros.

A publicação de edital de concurso público para professor do magistério superior com reserva de vagas por edital global garante que no concurso que tiver previsão de 3 (três) vagas, independente da área do conhecimento, uma delas será reservada aos negros. Dessa forma, a área de conhecimento que será reservada, será aquela em que houver sido aprovado candidato negro, e, em caso de aprovação de candidato negro em mais de uma área do conhecimento, a nomeação através da reserva de vaga será para o candidato autodeclarado negro com nota superior.

Relevante salientar o número reduzido de Instituições de ensino superior que adotam esse entendimento, em torno de 10%, evidencia que há muito a ser construído para que as ações afirmativas cumpram seu objetivo. Outra questão relevante é a resistência na prática do racismo positivo e isso pode derivar da histórica luta contra a discriminação que as Instituições de Ensino travam, visto que, são elas o elo mais forte para atingir a geração que precisa ser orientada e incentivada a combater e repudiar todas as formas de discriminação.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade é um caminho sem ponto de chegada, sua implementação precisa ser defendida constantemente, no percurso, podemos ter a ideia de que a conquistamos, no entanto, devemos ainda assim continuar o esforço para mantê-la. A luta pela igualdade precisa ser incessante para evolução enquanto sociedade, e, os esforços precisam ser capazes de transcender os dispositivos legais e incorporar as práticas administrativas, conforme registra DA SILVA “Enquanto permanecer apenas nos dispositivos legais e não na formação educacional de cada ser humano, a noção de igualdade entre as pessoas servirá, somente, para os discursos.”

A proibição da discriminação precisa ser combinada com políticas compensatórias que acelerem a igualdade e proponham estratégias capazes de estimular a inserção de grupos socialmente vulneráveis, é o que ensina Flavia Piovesan:

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação (PIOVESAN, 2015, p. 43-55)

Nesse contexto, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41 ao abordar e esclarecer aspectos polêmicos revelou a dimensão dos desafios até a garantia da efetivação do direito previsto na Lei 12.990/2014.

Observa-se que a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1969) prevê o Art. I, item 4:

Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que, tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos. (BRASIL, 1969)

A partir da análise do disposto acima, com a proposta de discutir alternativas para a efetivação do direito à reserva de vagas aos negros, conforme previsto na legislação vigente, conclui-se que as ações afirmativas justificam a prática de racismo positivo no caso dos concursos públicos e, especialmente nos concursos para professor do magistério

superior, em que para efetivar a reserva de vagas será preciso deixar de nomear um candidato branco que obteve o primeiro lugar no concurso pelo simples fato da cor de sua pele, nesse caso, branca.

Cabe aqui lembrar Ruy Barbosa, que a partir da compreensão de igualdade para Aristóteles, afirmou em seu discurso:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (RUY BARBOSA, 2003, 19)

Ocorre que, ao servidor público da área de gestão de pessoal, responsável pela seleção do quadro de pessoal de cada uma das Instituições de Ensino Superior, cabe o desafio de planejar concursos públicos que atendam ao dispositivo legal e, ainda, definir ações que minimizem a frustração dos servidores que possuem o dever de cumprir a legislação utilizando-se do racismo positivo para tal. Práticas que deveriam ser exigidas e utilizadas para minimizar atitudes racistas, são no caso analisado, utilizadas para incentivá-las e, talvez por isso, a geração que cresce estimulada a condenar o racismo pode apresentar um grave desconforto ao cometê-lo.

Em âmbito dogmático, é possível compreender o esforço para repor um direito até então negado, diante da trajetória de discriminação e flagelos aos quais os negros foram submetidos em razão da cor da pele. A conclusiva necessidade de reparação, entretanto, no futuro, mostrará se o racismo positivo será a melhor forma de minimizar as referidas desigualdades.

Em razão dos entendimentos adotados pelas Instituições de ensino, conclui-se que, apesar da publicação do edital e a realização do concurso público com a posse de candidato autodeclarado negro, o qual obteve aprovação em 3º lugar em detrimento dos candidatos que obtiveram 1º e 2º lugares, resulta no cumprimento da legislação, sem embargo da eventual insatisfação tanto dos candidatos preteridos quanto dos servidores que trabalham para a realização do certame, em razão do sentimento/sensação discriminatória que a prática do racismo desperta. Entende-se, pelas razões expostas ao longo do trabalho, que essa é a interpretação que precisa ser adotada e padronizada nas Instituições de ensino, uma vez que o estrito cumprimento da legislação é o instrumento apto a superar, com o tempo, o racismo estrutural e institucional subjacente na sociedade brasileira e a colaborar para garantia da igualdade material entre os cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 Distrito Federal**. Direito constitucional. Ação direta de constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da lei nº 12.990/2014. Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 08-06-2017, DJ 17-08-2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>Acesso em: 04 de maio 2020.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. Martin Claret: São Paulo, 2003.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 10 de fev. 2020.

BRASIL. **Lei 12.288, de 20 de julho de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 10 de fev. 2020.

BRASIL. **Lei 12.990, de 09 de junho de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 10 de fev. 2020.

DA SILVA, Ricardo Machado. **Cotas Raciais para Ingresso no Serviço Público: Uma Abordagem Crítica**. Direitos Sociais no Constitucionalismo Contemporâneo: Perspectivas do Direito do Trabalho. Organização de Raimar Rodrigues Machado, Fernanda Marders. Curitiba: Multideia, 2016.

PIOVESAN, Flavia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr., 2005.

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA PRESERVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO A TRATAMENTOS MÉDICOS

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 03/05/2021

Dari Nass

Sociedade Educacional Três de Maio
(SETREM)
Três de Maio – RS
<http://lattes.cnpq.br/2306681811464035>

Henrique Balduino Saft Dutra

Sociedade Educacional Três de Maio
(SETREM)
Três de Maio – RS
<http://lattes.cnpq.br/2494888371986876>

Maria Cristina Schneider Lucion

Sociedade Educacional Três de Maio
(SETREM)
Três de Maio – RS
<http://lattes.cnpq.br/0846607983159738>

RESUMO: A negação do direito à saúde junto às farmácias populares fez germinar um fenômeno chamado de judicialização da saúde, do qual passaram a recorrer indivíduos em situação de vulnerabilidade, sendo a Defensoria Pública a ponte de acesso à promoção do mencionado direito. Este trabalho possui como finalidade, assim, discorrer acerca da atuação da Defensoria Pública no atendimento aos necessitados que procuram assegurar o direito constitucional à saúde, quando desprezado pelas entidades estatais. Para atingir tal propósito, foram utilizados textos, artigos e produções científicas relativos à temática de que se trata. Observou-

se que a procura por tratamentos essenciais à cura de enfermidades é, geralmente, onerosa, mas primordial na preservação da dignidade humana, princípio em torno do qual transitam os direitos basilares. Por esse motivo, tem-se que é inafastável o compromisso estatal no sentido de viabilizar o bem-estar de todos, garantindo-se o direito à saúde na condição de corolário da dignidade humana. As ações judiciais afloram, nesse contexto, como possibilidade de compelir a figura estatal ao fornecimento de tratamentos clínicos. Dessa maneira, constata-se que a Defensoria Pública surge como esperança na obtenção de insumos sanitários, estabelecendo, outrossim, a conciliação entre os personagens envolvidos no êxito do sistema de saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Defensoria Pública. Judicialização. Saúde.

THE PERFORMANCE OF PUBLIC DEFENSE IN THE PRESERVATION OF THE RIGHT TO HEALTH: JUDICIALIZATION AS AN INSTRUMENT OF ACCESS TO MEDICAL TREATMENTS

ABSTRACT: The denial of the right to health at popular pharmacies has given rise to a phenomenon called the judicialization of health, from which individuals in situations of vulnerability have started to resort, with the Public Defender's Office providing access to the promotion of that right. This work aims, therefore, to discuss the role of the Public Defender's Office in assisting the needy who seek to ensure the constitutional right to health, when despised by state entities. In order to achieve this purpose, texts, articles and scientific productions related to the subject matter

were used. It was observed that the search for treatments essential to the cure of illnesses is, generally, costly, but essential in the preservation of human dignity, a principle around which basic rights pass. For this reason, the state's commitment to making everyone's well-being viable is guaranteed, guaranteeing the right to health as a corollary of human dignity. In this context, lawsuits emerge as a possibility of compelling the state figure to provide clinical treatments. Thus, it appears that the Public Defender's Office appears as a hope for obtaining health supplies, establishing, in addition, reconciliation between the characters involved in the success of the health system.

KEYWORDS: Health. Judicialization. Public Defender's.

1 | INTRODUÇÃO

Ao debater o direito à saúde, muitas vezes este se vincula ao crescimento de demandas judiciais, uma vez que é florescente o fenômeno que se ousou chamar de judicialização da saúde. Isso visto que o ente estatal, ao preterir os direitos sociais, segue deixando os indivíduos “à mercê” dos mecanismos judiciais, que, amiúde, acabam também não se mostrando eficientes. A doutrina jurídica contemporânea reflete que:

No contexto democrático contemporâneo, o fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais. O fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos. (PEPE; SCHRAMM; SIMAS, 2010)

Observa-se que muitos obstáculos subsistem na organização de um sistema efetivo de saúde pública no Brasil e que supere a dicotomia existente entre a lei positivada e a lei corporificada, como a escassez de recursos financeiros e as amplas filas de espera para a obtenção e realização de tratamentos clínicos. Por esse motivo, muitos indivíduos passaram a valer-se dos institutos processuais para ver materializada a sua garantia constitucional à saúde. Aqui, mostra-se importante a atuação institucional da Defensoria Pública, enquanto provocadora do Poder Judiciário, em favor do acesso à saúde dos indivíduos das classes populares. O acesso gratuito à justiça é particularmente necessário às parcelas menos favorecidas da população, as quais vivenciam, diariamente, problemas na tentativa de obter os mais elementares serviços de saúde. Em vista disso, a assistência jurídica às mencionadas parcelas da população otimizam, paralelamente, o exercício da cidadania e a devida estruturação da saúde pública.

No entanto, para mais de assistir os necessitados em eventual judicialização da saúde, a atuação da Defensoria Pública passa pela necessidade de criação de alternativas tendentes a impossibilitar o atual “congestionamento” do Poder Judiciário. Para isso, indispensável é rearticular o processo administrativo prévio e o tratamento coletivo que se dá às demandas.

Ora, o presente texto refere-se a uma pesquisa bibliográfica que sistematiza os

estudos produzidos até o presente momento relacionados ao tema em questão. O problema em análise, de natureza teórica e especulativa, persiste apesar de passadas mais de três décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual consolidou em seu texto a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Dessarte, o objetivo deste debate não se resume em analisar a insuficiência do ente estatal e a função constitucional da Defensoria Pública na preservação do direito à saúde, mas também de que maneira esta se encontra inibindo novas demandas judiciais nesse sentido. Os objetivos, à vista disso, fazem-se totalmente cabidos, estando eles alinhados com o problema da pesquisa.

2 | DESENVOLVIMENTO

A saúde, condição da própria existência e subsistência humana, é apresentada pela Constituição Federal como sendo um direito de todos, por meio da garantia de acesso universal e igualitário. A despeito da novidade apresentada pela Constituição Federal, que, pela primeira vez, desenvolveu a noção de direito à saúde, muitas vezes ainda existe um “abismo” entre a existência do direito à saúde e a sua materialização.

Ora, o chamado movimento sanitário acontecido na década de 1980 fez brotar um discurso utopista direcionado ao reconhecimento do direito universal à saúde e do dever do ente estatal em garanti-lo. As reivindicações do mencionado movimento foram abraçadas pelo projeto, também utópico, da Constituição Federal. As premissas apresentadas pelo texto constitucional representaram, pois, um avanço ímpar para a saúde pública no Brasil, que, em inúmeros momentos, atingiu níveis exemplares no atendimento à comunidade. Exemplo disso é o programa desenvolvido pelo Poder Executivo Federal para o tratamento do vírus HIV/Aids, que, presentemente, é referência em âmbito global.

Deve aqui ser destacado que a Constituição Federal, em seu artigo 196, ao fazer menção à saúde, abriga uma norma de natureza programática, o que sugere a necessidade de complementação da dita norma por lei ordinária, tornando mais distante a consubstancialização de um direito universal à saúde. O referido artigo, esculpido no texto constitucional, merece transcrição no presente trabalho.

Art. 196. 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. (BRASIL, 1988)

Enxerga-se na passagem acima a preocupação do legislador constituinte em desenvolver a noção de direito à saúde como direito público subjetivo e prerrogativa jurídica indisponível que se estende à generalidade das pessoas, impondo ao organismo estatal a tomada dos cuidados indispensáveis às funções orgânicas e à prevenção das doenças, devendo o mesmo partir da consciência de que a saúde consiste em um

dos bens intangíveis mais valiosos do ser humano. Efetivamente, o ente estatal, com a promulgação da Constituição Federal, tomou para si a responsabilidade na criação dos serviços necessários à saúde, mas o faz por meio de normas infraconstitucionais. À vista disso, a publicação da Lei Nº 8080/1990 regulamentou o direito à saúde no Brasil ao definir os seus princípios e diretrizes. A criação do Sistema Único de Saúde (SUS), por meio da mencionada lei, aliado à instituição de planos de saúde suplementar, independentes do financiamento estatal, ocasionaram a denominada universalização excludente do direito à saúde. O crescimento do setor privado no âmbito da saúde ocorreu à custa da perda de qualidade do setor público, o que fez com que este passasse a ser considerado o sistema das parcelas mais carentes da população, enquanto que os planos supletivos dirigiam-se exclusivamente às parcelas mais favorecidas economicamente, ao chamado “grupo de cima”. Com essa perspectiva, as classes abastadas, que, historicamente, constituem grandes formadoras de opinião, preteriram a luta pela materialização do direito à saúde. (CASTRO, 2020)

Nesse contexto, onde o fornecimento gratuito de medicamentos, resultante da visível precariedade apresentada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), mostra-se insuficiente, desponta o fenômeno chamado de judicialização da saúde, da qual passaram a socorrer-se as classes de menor poder aquisitivo. Por falar nisso, de acordo com estimativas veiculadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existiam no Brasil, até o ano de 2016, mais de duzentos e quarenta mil pleitos judiciais envolvendo o setor de saúde, o que engloba não apenas questões como a obtenção de medicamentos e vagas em hospitais especializados, como também planos de saúde e seguros.

Ao discorrer acerca da judicialização da saúde, não se pode esquecer que a jurisdição é inerte, isto é, não “bate de porta em porta”, existindo a necessidade de ser provocada. Esta provocação deve ocorrer por meio de um processo, que se inicia por opção da parte. É aqui que surge o importante papel de natureza constitucional conferido à Defensoria Pública, o de facilitar a prestação de serviços jurisdicionais pelo Estado, por meio da prestação de orientação jurídica e da promoção dos direitos humanos individuais e coletivos de maneira integral e gratuita aos necessitados. Nesse panorama, as parcelas da população anteriormente denegadas, dada a fragilidade dos serviços de saúde estatais, encontraram na Defensoria Pública a chave de acesso não somente à justiça, como também à saúde na qualidade de direito social.

Em virtude de sua “juventude”, a Defensoria Pública era, até pouco tempo, um personagem constitucional desconhecido para diversos brasileiros, o que levava estudiosos a afirmar que havia uma “timidez” envolta em suas atividades. Entretanto, presentemente, observa-se que a mencionada instituição passou a desempenhar papel central e significativo nos processos de solução de conflitos administrativos abrangendo questões como o alcance ao direito à saúde, objeto do presente trabalho.

A Defensoria Pública, estando qualificada como garantia fundamental constitucional,

por estar associada ao acesso à justiça, é apontada pela massa doutrinária como componente do núcleo elementar de um Estado Democrático de Direito. Isso uma vez que seu papel encontra-se relacionado à necessidade de uma tutela jurídica com vistas ao respeito às liberdades civis e aos direitos humanos, estando predestinada “à plena busca da felicidade aos menos abastados, com o compromisso fundamental de tentar a máxima erradicação da miséria e a criação de oportunidade para todos [...], tornando-os cidadãos.” (TERROSO, 2016)

Nesse sentido, é necessário trazer à baila o artigo 134 da Constituição Federal, o qual conceituou a Defensoria Pública como sendo:

Art. 134. [...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. (BRASIL, 1988)

Do mesmo modo, convém apresentar a redação do artigo 3º da Lei Complementar 80, de 1994, a qual identifica terminantemente os objetivos da Defensoria Pública, senão se observa.

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, 1994)

Emerge, por meio da criação da Defensoria Pública, a pretensão de oferecer a todos os indivíduos a mesma qualidade no acesso à justiça, inobstante a existência de poucos recursos financeiros, bens e posses, o que fica nítido no teor do inciso I do artigo acima citado, ao estabelecer a redução das desigualdades sociais como um de seus fins precípuos. Afinal de contas, a democracia e a cidadania transformar-se-iam em duas promessas fracassadas, se indivíduos não pudessem granjear seus direitos em juízo sem uma paridade de armas para o bom “combate” processual. Por intermédio da Defensoria Pública, é possível que pessoas de diferentes classes socioeconômicas possuam à sua disposição as mesmas oportunidades e “chaves” nas disputas por seus interesses, afastando daqueles litigantes com menor poderio financeiro a necessidade de pagamento de custas processuais e honorários advocatícios. Destaca-se que os interesses aqui aludidos não se limitam àqueles ligados à saúde, mas, em consequência da função promocional dos direitos humanos atribuída à Defensoria Pública, podem compreender áreas como a educação, habitação, segurança e meio ambiente, enquanto meios de crescimento social do ser humano e da sociedade que o cerca.

Tem-se que a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional consistem em princípios institucionais que regem as atividades da Defensoria Pública e pelos quais a referida instituição deve ser analisada como um todo. Contudo, existem dois âmbitos de atribuições do órgão, quais sejam, Defensoria Pública da União e Defensoria Pública Estadual, denominações que já sugerem as suas diferenças. A primeira atua junto aos graus e instâncias administrativas federais, ou seja, junto à Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Tribunais Superiores. À vista disso, encarrega-se, especialmente, de ações previdenciárias, trabalhistas, direitos do estrangeiro, questões tributárias e casos relacionados ao sistema financeiro. Por outro lado, a Defensoria Pública Estadual encontra-se associada aos graus e instâncias estaduais, recepcionando casos que envolvem, tendo como exemplo, a área criminal, a defesa dos direitos de crianças e adolescentes e a área de família. (ANADEP, 2017)

Contempla-se no dispositivo da Constituição Federal que cuida da Defensoria Pública, o qual já fora apontado acima, que a mesma é instituição estabelecida no Brasil com o propósito de atender exclusivamente os necessitados. Com essa postura, o referido trecho constitucional promove uma “brecha”, que torna embaraçoso o trabalho de juristas e doutrinadores do âmbito jurídico, já que, em sentido amplo, necessitado equivale a qualquer indivíduo que carece de algum elemento vital. Por decorrência lógica, considera-se a necessidade de que trata a redação constitucional uma necessidade de natureza financeira, conceito este adotado pela Resolução Número 07, de 2018, do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, o qual declara que a prestação de orientação jurídica pela mesma é reservada às pessoas físicas e jurídicas que atestarem a sua hipossuficiência financeira. Bem assim, acrescenta que é tida como hipossuficiente financeiramente a pessoa que comprovar que a renda familiar, bruta e mensal não extrapola três salários-mínimos nacionais e cujo patrimônio não exceda trezentos salários-mínimos nacionais. Dessa maneira, os mecanismos normativos internos da Defensoria Pública balizam a sua acessibilidade, mas não a sua disposição para engrandecer o ser humano. (ASENSI; PINHEIRO, 2015)

No tocante às demandas sanitárias, tem-se que o atendimento da Defensoria Pública apresenta duas fases. Antes de iniciadas as referidas fases que devem aqui ser pormenorizadas, destaca-se que, ao procurar um dos postos de atendimento da Defensoria Pública, o indivíduo é submetido à uma triagem, com o intuito de aferir a sua renda e se pode valer-se de seus serviços. Em seguida, o indivíduo é questionado com relação à procura do Sistema Único de Saúde (SUS). Na hipótese de o assistido ainda não ter assim procedido, a Defensoria Pública orienta o mesmo a buscar o sistema de saúde pública, com a finalidade de resolver administrativamente a sua reivindicação e tentar, justamente, a sua desjudicialização, o que representa a primeira das ditas fases, a qual é de natureza administrativa. Em um segundo momento, no caso de não prosperar a reivindicação administrativa, necessário é recorrer às vias judiciais, as quais devem ser provocadas pela

Defensoria Pública. Nesse aspecto, importa apontar que a movimentação da “máquina” jurisdicional pela Defensoria Pública pode se dar por meio de tutelas individuais ou tutelas coletivas. Na primeira hipótese, apresenta-se a possibilidade de mover uma ação ordinária objetivando o fornecimento de tratamentos clínicos, que não se resumem em pedidos de fornecimento de medicamentos, mas incluem, bem assim, o fornecimento de fraldas, tratamentos ambulatoriais, internações, próteses e outros insumos específicos para realização de tratamentos médicos. Fala-se em ação ordinária por consistir em uma ação por exclusão, uma vez que é utilizada sempre que não couber outro procedimento específico ou espécie de processo de conhecimento, a ser dirigido em face da União, dos Estados ou dos Municípios. Aqui, destaca-se que é entendimento já consolidado junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) e fixado em tese de repercussão geral o reconhecimento da responsabilidade solidária de todos os entes federados na assistência à saúde, o que provém de sua competência constitucional comum no mencionado setor. É o que restou definido quando do julgamento do Recurso Extraordinário 855178, de relatoria do ministro Luiz Fux, que pode ser contemplado abaixo.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos. (STF, 2015, on-line)

Por essa razão, havendo a necessidade de acionar o sistema judicial com vistas ao fornecimento de tratamentos clínicos, a ação pode ser processada em face da União, dos Estados ou dos Municípios, indistintamente, ou, até mesmo, em face de todos, devendo, nessa situação, as despesas que compreendem o tratamento pleiteado ser divididas entre os entes. Não se pode deixar de debater, da mesma maneira, no presente artigo o trabalho da Defensoria Pública por intermédio das ações coletivas, as quais, ainda que não componham a tradição jurídica brasileira, permitem a apreciação em juízo de questões estruturais, como aquelas relativas à saúde pública, atingido os interesses de um grupo de pessoas que se encontram em um mesmo contexto de vulnerabilidade. Isso significa que as ações coletivas possuem efeitos *erga omnes* e *ultra partes*, isto é, válidos para todos

e não apenas para as partes litigantes. Sendo assim, as decisões articuladas em ações coletivas estendem-se, inclusive, às pessoas que não participam do processo judicial. A Defensoria Pública, geralmente, vale-se da ação civil pública para defender interesses difusos como o ora posto em testilha. A finalidade da ação civil pública, um dos mecanismos constituintes do “microssistema” das tutelas coletivas mencionados pela Constituição Federal, é, exatamente, postular a proteção de interesses metaindividuais. Não é raro deparar-se com ações dessa natureza destinadas, a título de exemplo, à obtenção de medicamentos e meios terapêuticos indispensáveis ao tratamento de patologias como o câncer, que, na atualidade, alcança mais de seiscentas mil pessoas no Brasil. Estando a obtenção dos tratamentos referenciados vinculada ao restabelecimento da saúde e do bem-estar físico, na qualidade de direito líquido e certo extensivo a todas as pessoas, a omissão das autoridades estatais pode ser rechaçada por um *mandamus*, definido como um remédio judicial que visa obrigar um órgão ou governo a fazer o que constitui seu dever natural. A ação civil pública é o exemplo mais usual de *mandamus* e que pode ser utilizado no cenário anteriormente exposto, em que existe em determinado local alta incidência de câncer, estando as autoridades públicas alheias às necessidades de tratamentos e ao sofrimento apresentados pela população. Nesse momento, entra em cena o trabalho dos legitimados ativos, especificados em lei, para promover a ação civil pública, que, além da Defensoria Pública, dizem respeito ao Ministério Público, a União, os Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas.

Todavia, não se deve tratar a judicialização como único atalho em face do insucesso na fase administrativa, já que, tão importante quanto o conhecimento que inclui as finalidades de uma ação judicial, é o de meios alternativos na consumação de direitos e que podem reinventar os modos de atuação das instituições jurídicas. Sendo assim, os conflitos sociais podem sujeitar-se tanto a uma judicialização, onde há o emprego de instrumentos processuais, como a ação ordinária e a ação civil pública, quanto a uma “juridicização”, onde não se leva os mesmos ao conhecimento do Poder Judiciário, porém se discorre a seu respeito sob uma perspectiva jurídica por meio de recursos extraprocessuais. (ASENSI, 2010)

A Defensoria Pública apresentou uma amostragem do sistema de “juridicização”, no momento em que passou a interagir nos programas de gestão da saúde pública e de interlocução entre poderes e ao implantar espaços institucionais para a mediação extrajudicial de conflitos, contribuindo na rearticulação do processo administrativo. A “aposta” desenvolvida pela instituição citada promoveu um ambiente auspicioso à desjudicialização, assim como à desburocratização, à celeridade das decisões, à informalidade e ao diálogo institucional, advindo, com isso, uma mudança drástica de sua “mentalidade” e um trabalho de sensibilização dos gestores públicos, os quais passaram a vislumbrar o provimento de tratamentos clínicos não mais como meras ordens que provêm do Poder Judiciário.

Pode-se, dessa forma, obstar o congestionamento processual que existe neste, que é o poder marcado pela morosidade e no qual se reforça o descrédito e a insegurança, não à toa, visto que fatos esdrúxulos e, até mesmo, hilários transitam diariamente pelas vias judiciais. Exemplo disso é a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal – STF – de recurso extraordinário que tratava do direito de receber um medicamento de alto custo, onde a postulante já havia falecido há mais de cinco anos. Ora essa. É preciso que os órgãos governamentais conscientizem-se de que há vidas em “jogo” quando indivíduos postulam medicações e outros recursos clínicos. Evidentemente, o desenvolvimento de políticas direcionadas ao melhoramento da gestão da saúde e à contenção dos números alarmantes de reivindicações judiciais, mediante a coparticipação da Defensoria Pública e do Poder Público, deve ser iniciada junto aos Municípios, especialmente em função de critérios geográficos.

Pois bem, geralmente, as Prefeituras Municipais, por meio de seus procuradores, que respondem pelos seus interesses, resistem às pretensões judiciais, arguindo a falta de orçamento, a não inserção de medicamentos nas listas lançadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou a falta de competência para acolhê-las. Nesse tópico, convém colocar em relevo que os entes municipais devem, obrigatoriamente, destinar, no mínimo, 15% de suas receitas à saúde pública, valor superior àquele estabelecido aos Estados e Distrito Federal, que é de 12% e prescrito pela Emenda Constitucional 29/2000. Contudo, seguidamente, vê-se as receitas atribuídas à saúde sendo domadas pela ineficiência da administração e aplicação do erário público, carecendo uma melhor gestão do fluxo de caixa.

Cabe aqui deixar registrado que o Município de Horizontina/RS, a título de exemplo, alocou no ano de 2020, pela Lei 3.928/2019, um montante equivalente a R\$ 16.200.000,00 para o âmbito da saúde, sendo que apresenta uma população estimada de quase dezenove mil habitantes. É, por isso, causa de surpresa e espanto para muitos de seus munícipes, uma vez que se trata de um valor bastante expressivo, se levada em consideração a pequena população presente no município e que, mesmo assim, não é capaz de atender à integralidade das demandas. (MUNICÍPIO DE HORIZONTINA, 2020)

Do mesmo modo, o maior número de municípios reserva somente o percentual mínimo necessário de suas receitas à área sanitária, isto é, apenas está preocupado com o cumprimento da lei que assim estabelece, sem ponderar as reais necessidades do setor, que, normalmente, contém maiores demandas. É de bom alvitre frisar que nada impede que o valor orçamentário taxado pela legislação seja majorado, por meio de acordos realizados entre a Defensoria Pública e as Prefeituras Municipais, de maneira que se possa executar políticas de extensão assistencial no âmbito da saúde. Os problemas de dita natureza podem ser solucionados recorrendo ao diálogo e ao estudo, pelos quais podem ser observadas minuciosamente as dificuldades da população local, sendo o resultado profícuo a todas as partes. (ARRUDA, 2012)

Nessa perspectiva, tem-se que, na última década, as Defensorias Públicas Estaduais, entre as quais a do Rio Grande do Sul, no ano de 2010, como maneira de suprir a incúria estatal, criaram núcleos especializados em assistência à saúde, que não somente fortalecem o acesso judicial à saúde, porém, fizeram-se de enorme importância, acima de tudo, na fiscalização do Poder Público e na articulação de políticas públicas em favor das classes menos abastadas que necessitam dos serviços elementares de saúde. Ou melhor dizendo, a sua atuação, por não se limitar a petições judiciais, mas por transpassar também pela tentativa de obter saídas fora da órbita do Poder Judiciário, tornou-se um posto de desjudicialização. Testemunha isso o fato de que o núcleo especializado em assistência à saúde, situado no município de Porto Alegre, realizou, no ano de 2019, 8.746 atendimentos, sendo que foram judicializados apenas 1.172 ações envolvendo o fornecimento de medicamentos, o que representa um índice de judicialização de somente 13%. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020)

Mesmo em período “delicado” marcado pela pandemia do COVID-19 no ano de 2020, no qual os atendimentos realizam-se remotamente, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em particular, elaborou, entre 18 de março e 30 de junho do presente ano, 152.429 petições, sendo que 33.919 dos referidos petições envolvem o fornecimento de medicamentos. Isso significa que o fornecimento de medicamentos representa o assunto de maior procura entre os assistidos da Defensoria Pública, correspondendo a aproximadamente 22% dos petições realizados no período aludido, crescendo paulatinamente o número de decisões judiciais ordenando o seu fornecimento, a despeito de estes não figurarem nas listas do Sistema Único de Saúde (SUS) e da invocação pelo Estado do denominado princípio da reserva do possível. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020)

Tudo isso testemunha que a Defensoria Pública é instituição de credibilidade no âmbito comunitário, ao buscar reproduzir a redação, possivelmente fantasiosa, do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, a de que os direitos humanos alcançam todos os seres humanos, não subsistindo qualquer distinção envolvendo raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra circunstância. Tal representa um “gesto solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem, exceto a própria vida e dignidade”. (PRETEL, 2010)

Convém também registrar que, entre os meses de abril e julho do ano de 2019, ocorreu a Primeira Pesquisa de Satisfação dos Usuários da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a qual avaliou os níveis de satisfação dos usuários da instituição no que diz respeito aos serviços prestados. Mencionada pesquisa indicou que 82,6% das pessoas atendidas revelaram-se satisfeitas ou muito satisfeitas com o atendimento, sendo que o mesmo se reproduz no nível de confiança dos usuários com relação à instituição, a qual é de 94,2%, sendo uma das causas a demanda por medicamentos não providenciados no meio administrativo. Semelhantemente, pesquisa realizada pela GMR Inteligência &

Pesquisa no ano de 2017 apontou que a Defensoria Pública é tida como a instituição mais importante para os brasileiros, sendo que 92,4% das pessoas entrevistadas classificaram-na como “muito importante” ou “importante”, o que a coloca em primeiro lugar entre todas as instituições citadas. Além do mais, a mesma pesquisa demonstrou que a confiança entregue à Defensoria Pública cresceu notadamente entre os anos de 2014 e 2017, passando de 54,7% para 74,1%. (ADPEP, 2019)

3 I CONCLUSÃO

Em face das asserções e resultados proporcionados pelo presente trabalho, verifica-se que a Defensoria Pública passou a representar, no decurso dos anos, instituição de credibilidade junto à população no que se refere ao acesso a tratamentos de saúde custosos. Desse modo, revelou-se determinante e fundamental no desenvolvimento de uma inclusão democrática, ao falar pelos necessitados, representando, pois, a voz da dignidade ultrajada.

Observa-se que a atuação da Defensoria Pública também transita pela necessidade de criação de alternativas à judicialização do direito à saúde e, até mesmo, à banalização dos institutos processuais que o amparam, como maneira de descarregar o Poder Judiciário e prevenir novos litígios, ao possibilitar a articulação entre as demandas individuais assumidas e contribuir no desenvolvimento progressivo do Sistema Único de Saúde (SUS). Por derradeiro, deve-se salientar que, a despeito do elevado número de pleitos envolvendo o fornecimento de medicamento que perpassam pela Defensoria Pública, esta não pode ser encarada como “posto de saúde” ou “farmácia”, porém como um centro de mediação entre os anseios individuais e estatais, aproximando-se das bases da coletividade e concedendo aos direitos um autêntico caráter universal.

REFERÊNCIAS

ADPEP. **Pesquisa divulgada pela FGV afirma que a Defensoria Pública é a instituição mais conhecida e melhor avaliada pela sociedade.** Disponível em < <https://www.adpep.org.br/2019/12/02/pesquisa-divulgada-pela-fgv-afirma-que-a-defensoria-publica-e-a-instituicao-mais-conhecida-e-melhor-avaliada-pela-sociedade/>> Acesso em: 22/09/2020.

ANADEP. **DPE ou DPU? Siglas parecidas, atribuições diferentes!** Disponível em <<https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=34427>> Acesso em: 21/09/2020.

ARRUDA, Igor Araújo. **Defensoria pública na concretização de políticas públicas: um controle da aparente discricionariedade administrativa governamental.** Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/defensoria-publica-na-concretizacao-de-politicas-publicas-um-controle-da-aparente-discricionariedade-administrativa-governamental/#:~:text=A%20Defensoria%20P%C3%BAblica%20%C3%A9%20E2%80%9Cinstitui%C3%A7%C3%A3o,extrajudicial%2C%20dos%20direitos%20individuais%20e>> Acesso em: 22/09/2020

ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde.** Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100004&script=sci_abstract&lng=pt#:~:text=Deste%20modo%2C%20os%20conflitos%20pol%C3%ADticos,m%C3%BAAltiplas%20estrat%C3%A9gias%20e%20pactua%C3%A7%C3%B5es%20extrajudiciais> Acesso em: 22/09/2020

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Defensoria pública e diálogo institucional em saúde: a experiência de Brasília-DF.** Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/15113>> Acesso em 19/09/2020.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30/06/2020

BRASIL, 1994. **Lei Complementar Nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm> Acesso em: 19/09/2020.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>> Acesso em 17/06/2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Saúde.** Disponível em <<http://www.defensoria.rs.def.br/saude>> Acesso em 17/06/2020.

MUNICÍPIO DE HORIZONTINA. **Lei Nº 3841, de 20 de dezembro de 2019.** Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/lei-orcamentaria-anual-horizontina-rs>> Acesso em 19/09/2020.

PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMAS, Luciana. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde.** Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006> Acesso em 17/06/2020.

PRETEL, Mariana. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos.** Disponível em <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do>> Acesso em: 30/06/2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 855178. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 05/03/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848>> Acesso em: 30/06/2020.

TERROSO, Karyna. **A Defensoria Pública e o direito à saúde: acesso à justiça.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/54797/a-defensoria-publica-e-o-direito-a-saude-acesso-a-justica>> Acesso em: 30/06/2020.

DIREITO À SAÚDE NO JUDICIÁRIO: A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO VIOLA A SEPARAÇÃO DOS PODERES OU CUMPRE POLÍTICAS PÚBLICAS INEFICAZES?

Data de aceite: 02/08/2021

Bianca Sanches Lopes da Silva

Pós-graduanda em Direito das Famílias e Sucessões pelo Instituto Brasileiro de Direito das Famílias
<http://lattes.cnpq.br/7945929723953260>

Daniel Castanha de Freitas

Professor de Direito Administrativo e Fundamentos de Direito Público na FAE Centro Universitário (Curitiba-PR). Doutorando e mestre em Direito pela PUCPR. Membro do NUPED-PUCPR e do ISDASAN. Advogado
<http://lattes.cnpq.br/8586781901324877>

A presente pesquisa decorre de atualização de dados da publicação levada a efeito no projeto de iniciação científica desenvolvido na FAE Centro Universitário nos anos de 2019 e 2020.

RESUMO: A crescente judicialização da saúde, em especial a concessão de medicamentos de alto custo, demonstra um relevante embate entre as prerrogativas da Administração Pública e o dever do Judiciário de garantir o direito fundamental à saúde, notadamente em face de políticas públicas que carecem de critérios objetivos. Nesse cenário, o objetivo geral da pesquisa foi o de analisar se a concessão de medicamentos de alto custo auxilia ou obstaculiza o cumprimento de políticas públicas reputadas, em muitos casos, como ineficazes. O percurso metodológico procurou identificar noção conceitual acerca dos fármacos considerados vultosos para, então,

realizar pesquisa documental de abordagem quantitativa, consubstanciada em análise jurisprudencial dos tribunais de justiça da região Sul (TJPR, TJSC e TJRS), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 (PR, SC e RS) e ainda, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, abrangendo as decisões judiciais proferidas entre os anos de 2015 e 2020. Os resultados indicam que 21,39% dos julgados analisados se referiam a medicamentos indicados para o tratamento de diversos tipos de câncer, dos quais apenas 9,58% fazem parte, atualmente, da RENAME/2020. O estudo concluiu que a concessão de medicamentos de alto custo pelo Poder Judiciário não caracteriza, a princípio, usurpação das funções dos demais poderes, mas que sinaliza a necessidade da atuação jurisdicional para o cumprimento, pela Administração Pública, das atribuições a esta conferidas pela Constituição da República.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde. Medicamentos de Alto Custo. Políticas Públicas. Judicialização da Saúde. Jurisprudência.

ABSTRACT: The growing judicialization of health, especially the granting of high-cost medications, demonstrates a relevant clash between the prerogatives of the Public Administration and the duty of the Judiciary to ensure the fundamental right to health, especially in the face of public policies that lack objective criteria. In this scenario, the general objective of this research was to analyze whether the granting of high-cost medications helps or hinders the fulfillment of public policies reputed, in many cases, as

ineffective. The methodological approach sought to identify the conceptual notion of drugs considered expensive, and then, to conduct documentary research of quantitative approach, embodied in jurisprudential analysis of the courts of justice of the Southern region (TJPR, TJSC and TJRS), the Federal Regional Court of the 4th Region - TRF4 (PR, SC and RS) and the Superior Court of Justice - STJ, covering the judicial decisions issued between the years 2015 and 2020. The results indicate that 21.39% of the analyzed judgments referred to drugs indicated for the treatment of various types of cancer, of which only 9.58% are currently part of the RENAME/2020. The study concluded that the concession of high cost medications by the Judiciary does not characterize, in principle, usurpation of the functions of other powers, but it signals the need for jurisdictional action for the fulfillment, by the Public Administration, of the attributions conferred by the Constitution of the Republic.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health. High-cost drugs. Public Policies. Judicialization of Health. Jurisprudence.

1 | INTRODUÇÃO

O cenário nacional é cotidianamente marcado pela crescente judicialização do fornecimento de medicamentos de alto custo já negados pela via administrativa. De forma positiva, este subcampo foi influenciado pelos efeitos da implementação de políticas que vêm permitindo debates para o reconhecimento das tensões acerca do assunto, onde é nítido o conflito entre a Administração e a prerrogativa do Judiciário de garantir e defender os interesses das minorias.

Diante da situação apresentada, é necessário compreender que apesar de direito fundamental consagrado na Constituição da República, o direito à saúde carece ainda de medidas públicas efetivas para sua aplicação, mais ainda quando da análise de casos que envolvem fármacos de alto custo. Ocorre que, o direito à saúde sofre inúmeras restrições e obstáculos a fim de atingir sua efetividade, isso porque a garantia, oferta e manutenção de tais provimentos de saúde necessitam da destinação de verbas vultosas para possibilitar infraestrutura, pessoal e atendimento adequados ao público.

Por isso, não há como se falar em consagração do direito fundamental à saúde no Brasil, haja visto uma restrição de investimentos e uma amplitude de necessidades sociais, as quais se alicerçam no direito “incondicional” previsto na CRFB/88 buscando no Judiciário uma via para satisfazer e concretizar direitos.

Entretanto, é possível evidenciar com clareza que o processo administrativo de concessão dos medicamentos de alto custo pela Administração Pública não é linear, tampouco simples. Ao contrário, trata-se de caminho conflituoso e que exige prévio conhecimento acerca dos requisitos de concessão, bem como as razões pelas quais tais medicamentos são negados já na via administrativa, tudo isso a fim de que se passe a conferir maior efetividade e eficiência ao atual sistema de saúde brasileiro, eis que, no panorama atual, tais limites fundamentais à concessão parecem não existir.

Ante o reconhecimento da importância e a necessidade de que o mandamento constitucional à saúde seja efetivado da melhor maneira a toda população, bem como não venha ocasionar prejuízos orçamentários à Administração Pública, a análise proposta por este artigo em face da concessão de medicamentos ou procedimentos a determinados cidadãos é de suma relevância.

Assim, o objeto de análise versará na investigação dos reflexos da judicialização da concessão de medicamentos de alto custo, a qual visa cumprir políticas públicas em favor de determinado público. A partir desta premissa, a questão problematizadora do presente estudo será: a concessão de medicamentos de alto custo viola o princípio da separação dos poderes ou auxilia o cumprimento de políticas públicas ineficazes?

2 | A JUDICIALIZAÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

A busca ao acesso à saúde nos termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 196)¹ encontra nos últimos anos inúmeros percalços para sua concretização. Deste modo, a judicialização da concessão de medicamentos e procedimentos médicos ganha força junto aos tribunais.

Os arts. 6º, 196 e 197 da CRFB/88, preveem que a saúde é direito fundamental social, sendo dever do Estado assegurar aos cidadãos os meios para ao acesso aos tratamentos necessários quando de suas necessidades clínicas. Em que pese a previsão constitucional, esta não apresenta quaisquer limites de caráter orçamentário, administrativo e/ou moral para o exercício desta atribuição.

Entretanto, os usuários encontram obstáculos de todo gênero à efetivação de seu direito, dentre os quais encontram-se questões econômicas e sociais, que impossibilitam o alcance de um direito universal e isonômico.

Ocorre que, os artigos supramencionados referem-se a normas de direito subjetivo individual e de exigência imediata, necessitando para seu efetivo cumprimento, a execução de procedimentos e a criação de estruturas organizacionais de modo a promover, preservar e recuperar a saúde. Sobre o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 254) preceitua: “os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes de organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”.

Isto é, os deveres de proteção do Estado em cumprir a tutela e promoção dos direitos, devem se concretizar por meio de normas administrativas e da criação de órgãos especializados, sem que se esqueça que os limites de tais normas e órgãos são impostos junto a Carta Magna.

¹ Art. 196. 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.

No entanto, a Constituição da República de 1988 não se limitou a prever estrutura responsável pela garantia do direito à saúde e um esboço prévio do que hoje se conhece como Sistema Único de Saúde, tampouco esclareceu o funcionamento e as atribuições específicas do referido órgão. Por essa razão, houve a edição da Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), complementada pela Lei nº 8.142/90.

O aludido diploma normativo prevê a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização, funcionamento e demais providências dos serviços correspondentes. Sendo assim, ao reconhecer tal norma como direito social fundamental, o Estado passou a se obrigar a prestações positivas, as quais acabam por demandar maiores recursos públicos para a sua efetiva concretização.

A exemplo de todo o extenso rol de direitos fundamentais sociais, a saúde possui rigorosamente a mesma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de liberdade, tendo em vista a sua multifuncionalidade, identificadora de um “direito fundamental como um todo”, por sua vez representado por um feixe de posições jusfundamentais que reclama, a um só tempo, deveres de respeito, de proteção e de prestação (HACHEM, 2014, p. 133-144).

No contexto apresentado, é lícito concluir, portanto, que ambos – direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais – dependem da existência de recursos orçamentários para a implementação, notadamente, de sua função prestacional (dever de prestação). Ocorre que, justamente por dependerem de verbas pecuniárias advindas do Estado, estão sujeitos todos, em casos excepcionais, à incidência da teoria da reserva do possível. Esta construção, oriunda de trabalho hermenêutico levado a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em um contexto de acesso gratuito e limitado ao ensino superior (FREITAS, 2018, p. 152), prevê, em suma, que a efetivação de tais direitos constitucionais será feita de acordo com a possibilidade financeira do Poder Público. Veja-se:

O caso paradigmático diz respeito à oferta insuficiente de vagas nas faculdades de medicina de Hamburgo e Baviera, as quais editaram regulamentos que objetivavam selecionar o ingresso às cátedras segundo critérios que envolviam desempenho e idade, com a finalidade de manter a capacidade sustentável de promoção do ensino superior.

A limitação, de índole absoluta - daí a expressão “*numerus clausus*” -, demandou do Tribunal Constitucional Federal interpretação no sentido de, primeiramente, assentar a dupla função dos direitos sociais, dotados de posições jusfundamentais negativas e positivas, para depois concluir que, em se tratando de “benefícios estatais” – políticas públicas afirmativas – há uma barreira natural imposta pelo Estado que culmina por limitar o leque de escolhas do indivíduo, (...)

Entretanto, o entendimento da Corte alemã ponderou, acertadamente, que imposições absolutas, como aquelas em questão, somente atenderiam ao arcabouço constitucional em casos dotados de justificativa forte, em que (i) os recursos públicos já tivessem sido empregados adequadamente, (ii) por

meio de critérios racionais que colocassem os postulantes a cargos no ensino superior naquelas localidades em condição de igualdade (FREITAS, 2018, p. 152-153).

Assim, nos termos até então expostos, tem-se que tal teoria não pode servir como justificativa universal para a ausência de efetivação dos direitos sociais. Afinal, deve o Estado buscar garantir um “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual” (BARCELLOS, 2011, p. 247). Trata-se do “direito ao mínimo existencial”, também retratado nos seguintes termos:

Corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, o postulado constitucional (implícito) da garantia do mínimo existencial não permite que o Estado negue – nem mesmo sob a invocação da insuficiência de recursos financeiros – o direito a prestações sociais mínimas, capazes de assegurar, à pessoa, condições adequadas de existência digna, com acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas estatais viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 254).

Logo, em caso de inadimplemento da determinação constitucional de implementação do mínimo existencial pelo Executivo, é lícito deduzir que poderia o Judiciário atuar de maneira a assegurar tais condições para uma vida digna. No entanto, não se pode descuidar que eventual intervenção do órgão jurisdicional em assuntos para além do mínimo poderia, por outro lado, ocasionar violação das escolhas políticas engendradas pelos poderes democráticos, afrontando o princípio da separação dos poderes (CFRB, art. 2º).

A via judicial passa a se tornar o caminho alternativo para a concretização do direito à saúde a partir do momento em que o seu respectivo titular pleiteia o fármaco ou procedimento que: (i) não consta das listagens oficiais – RENAME, RESME ou REMUME² – ou dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT³ do Sistema Único de Saúde (SUS); ou que (ii) embora conste de tais catálogos, deixam de ser fornecidos pelo ente federativo responsável injustificadamente.

A fase administrativa precede a seara judicial. Requer-se o medicamento ou tratamento necessitado por meio de formulário específico e documentos médico-hospitalares justificadores, junto a uma unidade de saúde ou regional de saúde. Em havendo negativa de fornecimento, o Judiciário é a instância última para o atendimento da prescrição.

Embora as negativas administrativas, em princípio, contem com justificativas

2 Respectivamente: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (âmbito federal), Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (âmbito estadual) e Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (âmbito municipal), todos documentos oficiais que auxiliam na concretização da diretriz constitucional da integralidade da assistência, prevista no art. 198, II da Constituição (BERMUDEZ et al, 2018).

3 Os PCDT são os que estabelecem “os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e suas respectivas doses adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento, a supervisão de possíveis efeitos adversos e a criação de mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz (BRASIL, 2010. p. 10.).

lastreadas em políticas públicas materializadas em lei pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, poderes que contam com legitimidade democrática, depreende-se que o Judiciário não usurpa a competência constitucional dos demais ramos do poder público quando restringe sua atuação à aplicação de medidas coercitivas para o cumprimento efetivo do direito fundamental à saúde (FREITAS, 2016, p. 66).

No mais, uma vez inserido no âmbito judicial, deverá o paciente postular o medicamento em face do ente federativo efetivamente responsável pelo seu fornecimento,⁴ considerando a previsão constitucional do art. 23, II da Constituição,⁵ que grafa expressamente a competência comum das esferas de poder – municipal, estadual e federal.

No entanto, não se olvida que o entendimento jurisprudencial sobre o assunto caminhou no sentido de reconhecer a solidariedade entre os entes federativos, com posterior encaminhamento, pelo magistrado, ao ente responsável. É o que se depreende do primeiro precedente estabelecido pela STA nº 175/2009⁶ e que culminou com a recente tese fixada no âmbito do RE nº 855.178/SE, em sede de repercussão geral – *verbis*:

Tema nº 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Para além da discussão sobre a incongruência da solidariedade entre os entes federativos para o fornecimento de fármacos e tratamentos de alto custo, é preciso apontar o referencial teórico utilizado para lançar luzes sobre o significado da expressão “alto custo”, uma vez que jurisprudência e doutrina hodiernas ainda não estabeleceram balizas seguras para o termo. Nesse passo, vale-se a pesquisa da noção conceitual relativa definida por Daniel Castanha de Freitas (2018), em obra monográfica dedicada aos medicamentos de alto custo. Veja-se:

[M]edicamentos de alto custo são aqueles expressamente constantes das listagens oficiais confeccionadas pelo Poder Executivo segundo diretivas de macrojustiça, bem como os que representam dispêndio suficiente para inviabilizar sua aquisição sem que, para isso, restem comprometidas necessidades básicas do grupo familiar do enfermo (FREITAS, 2018, p. 87).

4 “competência comum às três esferas federativas na atenção básica, exclusiva da União nos programas estratégicos de controle de endemias, União e Estados responsáveis por medicamentos excepcionais previstos na RENAME” (FREITAS, 2018, p. 166)

5 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

6 EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STA nº 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010b).

Nesse compasso, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ainda em 2007, a existência de repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário nº 566.471/RN, acerca da obrigatoriedade do fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo a portadores de doenças graves sem condições materiais para adquiri-los (BRASIL, 2007). Após mais de uma década, foi proferido o julgamento de mérito da demanda, em que restou assentada tal obrigação, após a decisão, por maioria, pela negativa de provimento ao recurso da União. Entretanto, deliberou a Corte pela fixação posterior de tese a respeito (BRASIL, 2020b).

Sob outra perspectiva, bem de ver que, durante o lapso temporal em que não houve qualquer pronunciamento de mérito pela Corte Constitucional, importante decisão fora proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o que assenta a relevância e atualidade do tema. Trata-se do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.657.156/RJ, por meio do qual foi estabelecido um rol cumulativo de condições para guiar as decisões de instâncias recursais em todo o país (BRASIL, 2018). A tese firmada, integralizada em embargos de declaração apenas para determinar a modulação de efeitos (válida para processos ajuizados a partir de 4 de maio de 2018), conta com os seguintes dizeres:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Pois bem. Exposta a moldura doutrinário-jurisprudencial sobre o tema dos medicamentos considerados “de alto custo”, sobreleva ressaltar que os fármacos a cargo do SUS, aprovados após devido processo administrativo de incorporação no âmbito da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC (FREITAS, 2017, p. 48), são atualizados periodicamente por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. Note-se, ilustrativamente, o alcance do sistema público de saúde, a partir da incorporação de fármacos sequer permitidos no Brasil anteriormente, mas que, por força de diálogos institucionais, tiveram seu trânsito permitido.

É o que se depreende da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 66/2016 da ANVISA, que fez incluir medicamentos derivados da planta *Cannabis* para tratamentos específicos (BRASIL, 2016).

Preocupado com a crescente judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 107/2010, procedeu à criação do “fórum nacional de monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde”, para subsidiar práticas

que empreguem efetividade aos processos judiciais e objetivem prevenir litígios. Para melhor funcionamento, foram criados os Comitês Executivos Estaduais. No Paraná, o Comitê Estadual foi criado em 2011 e atua desde então, disponibilizando uma série de enunciados e recomendações acerca do assunto, facilitando a aplicação efetiva dos direitos à saúde (BRASIL, 2011).

Mas se a atuação do Judiciário não fere o Princípio da Separação dos Poderes, estaria ele sendo um mecanismo para efetivação de políticas públicas? Para investigar a pergunta proposta na pesquisa, imprescindível aclarar o que se entende pela expressão “políticas públicas”.

Eros Grau (2000, p. 124) evidencia que “a expressão política pública designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”. Trata-se, assim, de um conjunto de ações ou decisões governamentais para solucionar eventuais problemas da sociedade, por meio do estabelecimento de referências, organizadas e sistematizadas em atos administrativos e materializadas, usualmente, pela prestação de serviços públicos (FREITAS, 2018, p. 32).

Nessa conta, tem-se que a interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas de saúde, a rigor, deve permanecer restrita à determinação judicial para o seu efetivo cumprimento. Isso porque, em certos casos, diante da elaboração prévia de políticas amplas pelo Estado – a exemplo do SUS –, medidas coercitivas por vezes são necessárias para garantir o direito público subjetivo por cidadãos acometidos de enfermidades diversas.

Portanto, a análise judicial, diante de eventuais negativas de fornecimento de fármacos, pondera se houve justificativa amparada em documentos oficiais, bem como se houve omissão legislativa ou administrativa, considerando, inclusive, a existência de proibições de importação e manipulação de fármacos pelo órgão regulador (ANVISA).

O exame pelo Poder Judiciário, diga-se, é complexo e parte de premissas estabelecidas pela macropolítica de saúde existente. Por essa razão, situações específicas devem ser devidamente consideradas e sopesadas, a exemplo de medicamentos que, embora constantes das listas oficiais do SUS como prioritários para a maioria dos pacientes, são imprestáveis para combater a mesma enfermidade para outras pessoas. Veja-se ainda os casos em que os efeitos colaterais de medicação indicada para determinada moléstia em protocolo clínico específico (PCDT⁷), resultam na melhora de pacientes acometidos de outras patologias (FREITAS, 2018, p. 83).

Nessa senda, caso seja objeto de apreciação no âmbito judicial, a concessão de determinado medicamento deve ser precedida de ampla justificação probatória, de modo a comprovar a ineficácia ou inadequação de determinado fármaco existente no âmbito

7 “[O]s PCDTs [Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas] têm o objetivo de estabelecer os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e as doses adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos, além de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz” (BRASIL, 2010a, p. 6)

do SUS, ou mesmo apontamentos acerca da necessidade extravagante exigida no caso concreto (FREITAS, 2018, p. 160-165).

Do exposto, evidencia-se que a judicialização de medicamentos de alto custo não é de todo prejudicial ao cenário atual e à Administração Pública, observadas as matizes jurídicas apresentadas. A crescente procura pelo Judiciário, que pode indicar certas deficiências nas políticas públicas arquitetadas pela Administração Pública, desencadeia um constante processo de análise e mudança com vistas à sua sofisticação, na medida em que “um efeito benéfico na responsabilização do Estado está em desenvolver procedimentos adequados de compra e distribuição de procedimentos terapêuticos pela rede pública” (BAPTISTA et al, 2009, 829-839).

Uma das formas subsidiar a tomada de decisões judiciais a respeito da concessão de medicamentos de alto custo e, com isso, contribuir de maneira efetiva para fomentar o aperfeiçoamento da política estatal como um todo, é a consulta, pelos magistrados, aos chamados “NAT-Jus” – Núcleo de Apoio Técnico dos Tribunais de Justiça dos Estados –, os quais possuem, entre outras, a seguinte atribuição, prevista no art. 3º, I do Decreto Judiciário nº 348, de 12 de setembro de 2018: “Elaborar notas técnicas, respostas técnicas ou pareceres, a partir de critérios de medicina baseada em evidências, mediante solicitação dos magistrados, em relação a ações ou processos que digam com o direito à saúde (...)” (BRASIL, 2018).

Logo, despendida a criação de novas políticas públicas no âmbito da saúde. Conforme abordado na presente pesquisa, o aperfeiçoamento do sistema de dispensação de medicamentos e outros insumos de saúde, tanto por meio de seu órgão de incorporação de novas tecnologias (CONITEC), quanto pelas contribuições advindas dos NAT-Jus nas decisões judiciais, são capazes de emprestar eficácia em favor da sociedade, suprimindo necessidades imperiosas de pessoas enfermas e concretizando, dessa forma, o direito fundamental à saúde em sua máxima extensão, mesmo em sua porção mais sensível – a dos medicamentos de alto custo.

O presente estudo se caracteriza como uma pesquisa documental de abordagem quantitativa. Esta abordagem apresenta aspectos essenciais para a sua utilização, que na compreensão de (FONSECA, 2002, p. 20) se referem à análise de dados brutos recolhidos com base em instrumentos neutros e padronizados por parte do pesquisador (palavras-chaves).

A partir deste entendimento, a pesquisa objetiva investigar, por meio dos dados obtidos, o modo como a concessão dos medicamentos de alto custo ocorre junto ao judiciário, bem como se estes atuam como facilitadores da aplicação de políticas públicas ou como mecanismo de violação do princípio da separação dos poderes.

Assim, a pesquisa documental pode ser compreendida nos seguintes termos:

[]Insubstituível em qualquer reconstituição referente a um passado relativamente distante, pois não é raro que ele represente a quase totalidade

dos vestígios da atividade humana em determinadas épocas. Além disso, muito frequentemente, ele permanece como o único testemunho de atividades particulares ocorridas num passado recente (CELLARD, 2008, p. 295).

A investigação pautou-se na busca de documentos, artigos científicos e doutrinas, bem como jurisprudência acerca do assunto junto aos Tribunais de Justiça da Região Sul (TJPR, TJSC e TJRS) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentro do lapso temporal de 2015-2020, através das palavras chaves previamente estabelecidas, junto aos sites e mecanismos a seguir colacionados.

Em momento posterior, será realizada a exploração do material, que consiste no início da codificação dos dados obtidos através dos documentos analisados e na enumeração das características destes, bem como dos medicamentos que surgiram quando da pesquisa.

As palavras chaves utilizadas para a busca dos dados, foram eleitas a partir da leitura dos documentos utilizados na fundamentação teórica, sendo estas: “MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO”; “FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITO”; “AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA”; “PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS”; e “INEFICIÊNCIA DAS MEDIDAS TERAPÊUTICAS DISPONIBILIZADAS PELOS SUS”.

Os dados obtidos foram examinados por meio da análise de conteúdo proposta por Bardin (2011). Em relação ao conteúdo, a análise de conteúdo é a terceira etapa no processo para se obter o conhecimento em determinado campo, sendo que o primeiro envolve uma familiarização com a área, seguido pela meta-análise que permite recolher, combinar e analisar estatisticamente estudos e documentos, e por fim, a análise de conteúdo em uma descrição sistemática, qualitativa e quantitativa do conteúdo em determinada área (IBRAHIM; ZAILANI; TAN, 2015).

3 | ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NO PERÍODO DE 2015 A 2020:

Com a análise e categorização dos dados obtidos, foi possível obter uma representação dos dados e torná-los aptos a reflexão proposta no presente estudo, pautando-se nos três principais eixos da técnica de análise determinada por Bardin (2011).

Com a análise de 93 julgados de três tribunais estaduais, um Tribunal Regional Federal (4ª região) e do Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 2015-2020, respeitados os critérios previamente estabelecidos, foram obtidos analisados.

Os dados obtidos foram incluídos na tabela a seguir, de modo a facilitar a análise e a justaposição entre eles:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA	AUTOS ANALISADOS	MEDICAMENTO PARA FINS DE
Paraná (TJPR)	9	Tratamento de Epilepsia (4)
Santa Catarina (TJSC)	21	Tratamento de doenças Pulmonares (9)
Rio Grande do Sul (TJRS)	10	Tratamento ao Câncer (5)
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	13	Tratamento à epilepsia (5)
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)	40	Tratamento ao Câncer (18)

Quadro 1 – Principais doenças judicializadas para fins de concessão de medicamentos por tribunal.

Fonte: Os Autores (2020).

Conforme demonstrado ao Quadro 1, cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) dos julgados analisados junto ao TRF4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) se referiram pedidos de medicamentos para tratamento de **câncer**,⁸ bem como pouco mais de 38% dos casos junto aos julgados do STJ se referiram a medicamentos para o tratamento da epilepsia.⁹

TRATAMENTO	QUANTIDADE
Tratamento do Câncer	23
Tratamento de Úlcera	8
Tratamento de Epilepsia	7
Tratamento de Esclerose	3
Tratamento da Fibrose	3
Tratamento de doenças Pulmonares	3

Quadro 2- Principais doenças judicializadas no período junto aos tribunais analisados.

Fonte: Os Autores (2020).

Nos termos do quadro 2, é possível identificar que entre os julgados analisados, independentemente do Tribunal de origem, merecem destaque os 21,39% (vinte e um vírgula trinta e nove por cento) referentes ao tratamento do câncer, bem como cerca de 8% (oito por cento) ao tratamento de Úlcera. Os demais 49% (quarenta e nove por cento) dos julgados apresentaram doenças diversas em número ínfimo, tais como depressão, bipolaridade, asma e Lúpus (entre uma ou duas presenças aos julgados), razão pela qual não se encontram indicados no quadro acima.

8 "Câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado de células, que invadem tecidos e órgãos." (BRASIL. Instituto Nacional de Câncer. O Que é câncer? Disponível em: <https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>. Acesso em: 22 mai. 2020

9 "É uma alteração temporária e reversível do funcionamento do cérebro, que não tenha sido causada por febre, drogas ou distúrbios metabólicos. Durante alguns segundos ou minutos, uma parte do cérebro emite sinais incorretos, que podem ficar restritos a esse local ou espalhar-se." O que é Epilepsia? [S. l.], 2019. Disponível em: https://epilepsia.org.br/o-que-e-epilepsia/. Acesso em: 22 maio 2020.

MEDICAMENTO	QUANTIDADE
Canabidiol	6
Infliximabe	4
Olaparibe	2
Sunitinib	2
Avastin	2
Omalizumabe	2
Rituximabe	2
Aripiprazol	2
Adalimumabe	2
Tagrisso	2

Quadro 3- Principais medicamentos requeridos junto aos Tribunais.

Fonte: Os Autores (2020).

Entre os medicamentos requeridos aos julgados extraídos e aqui analisados, verificou-se que 6,45% (seis vírgula quarenta e cinco por cento) trataram de medicamentos à base de Canabidiol,¹⁰ medicamentos estes que auxiliam no tratamento de doenças como esclerose, epilepsia, mal de Parkinson, dentre outras doenças neurodegenerativas e que podem ser considerados de alto custo.¹¹

Ainda, entre os 73 medicamentos requeridos entre os todos os julgados analisados, cerca de 90,42% (noventa vírgula quarenta e dois por cento) permanece ausente na edição RENAME do ano de 2020, incluindo-se os medicamentos à base da Canabidiol.

Contudo, certos medicamentos como o INFLIXIMABE (utilizado principalmente em pacientes com úlcera moderada e grave) e OMALIZUMABE (utilizado em pacientes com asma alérgica), retornaram ao RENAME no ano de 2020, o que corresponde cerca de 9,58% (nove vírgula cinquenta e oito por cento) dos medicamentos requerimentos dentre os Tribunais pesquisados, bem como atendem somente 10,23 (dez vírgula vinte e três por cento) das doenças identificadas no presente estudo durante o período analisado (BRASIL, 2019).

O medicamento INFLIXIMABE já fizera parte do SUS, tendo sido suspenso no início de 2019, retornando no mesmo ano por meio da Portaria SCTIE nº 49, de outubro de 2019. O custo de fábrica deste medicamento é superior a dois mil e cem reais.¹²

E ainda, em relação ao fármaco OMALIZUMABE, tem-se que fora incorporado ao SUS após consulta pública sobre a possibilidade de oferta de tal medicamento, que poderá

10 "O Canabidiol (CBD) é um dos 80 canabinóides presentes na planta Cannabis sativa (Canabis – Izzo et al., 2009) e não produz os efeitos psicoativos típicos da planta (Hollister, 1973; Martin-Santos et al., 2012)." Exposição de motivos da Resolução CFM Nº 2.113/2014 [S. I.], 2014. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php> Acesso em: 22 maio 2020.

11 Medicamentos que contam com canabidiol em sua composição possuem valor de mercado superior a dois mil reais. Por todos: EXAME. **Anvisa aprova primeiro medicamento à base de maconha no Brasil.** Disponível em: <<https://exame.com/brasil/anvisa-aprova-primeiro-medicamento-a-base-de-maconha-do-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

12 Sobre o preço de fábrica e valores máximos praticados no mercados, confira-se: BRASIL. Agência Nacional de

beneficiar cerca de 20 milhões de brasileiros, conforme dados do Ministério da Saúde.¹³

4 | CONCLUSÕES

A judicialização dos medicamentos demonstra uma necessidade crescente do acompanhamento das políticas públicas de saúde atualmente executadas, eis que a análise levada a efeito identifica ausências importantes de fármacos relacionados principalmente ao combate a certos tipos de câncer, além de úlceras e medicações para o tratamento de epilepsia.

O fato da constante busca por medicamentos junto ao órgão jurisdicional e as decisões consequentemente proferidas demonstram, em suma, que o Poder Judiciário não comete ingerência indevida nas funções constitucionais dos demais poderes; ao contrário, as decisões que determinam o fornecimento de determinado fármaco, desde que lastreado em documentação idônea e apoio técnico-pericial, bem como sujeita ao crivo do contraditório, prestigia o princípio da separação dos poderes, buscando apenas empregar cogência ao cumprimento das atividades designadas ao Poder Executivo pela Constituição para gerir a saúde pública, as quais ocorrem por meio das políticas públicas.

Uma vez compreendido o conceito de medicamentos de alto custo como sendo os que constam das listas oficiais elaboradas pelo Estado, além daqueles que representam, de per si, despesa capaz de ocasionar penúria ao grupo familiar do paciente, é possível identificar que o Judiciário passa a realizar distinções caso a caso por meio de critérios lastreados em arcabouço técnico-pericial e normativo-jurisprudencial, o que não usurpa a competência dos demais entes federativos e contribui para o refinamento da macropolítica de saúde.

A falta de diálogo entre os atores envolvidos na judicialização da saúde – Administrações Federal, Estaduais e Municipais, de um lado, e tribunais estaduais e federais, de outro – representa obstáculo ainda não superado, ocasionando demora, por vezes injustificada, para a inclusão de certos fármacos na RENAME, ou ainda, o aperfeiçoamento do processo de aquisição e dispensação de outras medicações já constantes dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticos. É o caso do medicamento Rituximabe, indicado para certo tipo de câncer, doença que representou 24% (vinte e quatro por cento) dos requerimentos dentre os tribunais analisados em um período de cinco anos e que possui elevado custo de fábrica.

Deste modo, por meio da judicialização dos medicamentos de alto custo, o Judiciário tenta impulsionar e fortalecer políticas que, por diversas vezes, são ineficazes

Vigilância Sanitária. Preços máximos de medicamentos por princípio ativo. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/5932738/LISTA_CONFORMIDADE_2020_07_v1.pdf/bfc29afb-31bb-43bf-9037-92afe129b1c5>. Acesso em: 14 jul. 2020.

13 Sobre a incorporação do medicamento, confira-se: BRASIL. Ministério da Saúde. Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

quando deixam de atender numerosa parcela da sociedade. No entanto, a questão da judicialização da saúde poderia, em conjunto com o Poder Executivo, apresentar diretrizes que, se implementadas, favoreceriam e atenderiam maior número de cidadãos, ampliando a abrangência das políticas públicas, objetivando a consagração do direito fundamental social à saúde.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Pedro Thomé de. **Direito das políticas públicas**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 829-839, mar. 2009. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000300018>>.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edição 70, 2011.

BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda et al. Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1937-1951, jun. 2018. DOI: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.09022018>>.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Preços máximos de medicamentos por princípio ativo**. 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/5932738/LISTA_CONFORMIDADE_2020_07_v1.pdf/bfc29afb-31bb-43bf-9037-92afe129b1c5>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Resolução da diretoria colegiada – RDC nº 66, de 18 de março de 2016**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_66_2016_.pdf/e6f8f9cd-8046-4120-983c-42d3bf8c705e?version=1.0>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. **Comitê executivo de saúde**. 2020. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 30 out 2019.

BRASIL. Instituto Nacional de Câncer. **O Que é câncer?**. 2019. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS.** 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas:** volume 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 6.

BRASIL. **RENAME:** relação nacional de medicamentos essenciais. 2019. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/marco/18/Rename-2008--1-.pdf>> Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/2009.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 17 mar. 2010, Publicação DJe 30 abr. 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE.** Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Julgado em: 23 mai. 2019. Publicação DJe: 16 abr. 2020a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Reconhecimento de repercussão geral.** Rel. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 15 nov. 2007. Publicado em: 7 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Julgamento de mérito.** Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 11 mar. 2020b. Publicação DJe: 17 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.657.156.** Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25 abr. 2018. Publicado DJe: 4 mai. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Núcleo de Apoio Técnico: NAT-jus. **Decreto judiciário nº 648, de 12 de setembro de 2018.** Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

EPILEPSIA, Liga Brasileira de. **O que é Epilepsia?** [S. l.], 2019. Disponível em: <https://epilepsia.org.br/o-que-e-epilepsia/>. Acesso em: 22 maio 2020.

EXAME. **Anvisa aprova primeiro medicamento à base de maconha no Brasil.** 2020. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/anvisa-aprova-primeiro-medicamento-a-base-de-maconha-do-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

FALCHI, R. A. **A judicialização da saúde no município de Pelotas.** 2014. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2014.

FLICK, U. **Uma introdução a Pesquisa Qualitativa.** 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da Política Nacional de Medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 43-71, jan./jun. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

IBRAHIM, H. W.; ZAILANI, S.; TAN, K. C. **A content analysis of global supply chain research**. Benchmarking: An International Journal, v. 22, n. 7 p. 1429-1462, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **O Que é câncer?** [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>. Acesso em: 22 maio 2020.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEDICINA, Conselho Federal. **Exposição de motivos da Resolução CFM Nº 2.113/2014** [S. l.], 2014. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php> Acesso em: 22 maio 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PICON DP, BELTRAME A, organizadores. **Ministério da Saúde: protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas - medicamentos excepcionais**. v. 1. Porto Alegre: Gráfica Pallotti; 2002.

REMÉDIO, Consultar. **Consultar Remédio INFLIXIMABE**. Disponível em: <https://consultaremedios.com.br/infliximabe/pa>. Acesso em 22.maio 2020.

SANTOS, Lenir. SUS: Contornos da Integralidade da Atenção à Saúde. **Boletim de Direito Administrativo**. Campinas. Ano XXIII, n. 8, p. 921-927 agosto, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações**. Vitória. Revista de Processo. Ano 34, vol. 175, p. 1-22 setembro, 2009.

SAÚDE, Ministério da Saúde. **Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>. Acesso em: 22 maio 2020.

TABOSA, T. M. S. **A judicialização da saúde no estado de Pernambuco: análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento público**. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

DIREITO AMBIENTAL E DIREITO À SAÚDE: IMPACTOS DAS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Data de aceite: 02/08/2021

Valéria Giumelli Canestrini

Mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia

Fábio Rodrigo Casaril

Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia

RESUMO: O artigo objetiva analisar a interrelação entre os direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sadio para as presentes e futuras gerações. Pretende-se identificar as queimadas ocorridas na Amazônia como fenômeno de poluição do ar e causador de diversas doenças, podendo agravar a pandemia do coronavírus. A pesquisa se justifica tanto pela relevância acadêmica, considerando as causas e efeitos das queimadas no meio ambiente e na saúde, diante das disposições constitucionais e metas convencionais assumidas pelo poder público, como ações de governança; como pela relevância social em razão da preocupação com os bens ambientais a fim de assegurar a preservação da vida. A metodologia utilizada foi o método indutivo, considerando a hermenêutica constitucional tópico-problemática, com as técnicas do referente, conceitos operacionais, fichamento¹ e da pesquisa bibliográfica. Concluindo-se que não havendo proteção ao meio ambiente, não há garantia do direito à

saúde para todos, afetando diretamente o bioma amazônico.

PALAVRAS-CHAVE: Amazônia; Direito; Meio ambiente; Queimadas; Saúde.

ABSTRACT: The article aims to analyze the interrelation between the rights to health and the ecologically balanced healthy environment for present and future generations. It is intended to identify the fires that occurred in the Amazon as a phenomenon of air pollution and that causes several diseases, which can aggravate the coronavirus pandemic. The research is justified both by academic relevance, considering the causes and effects of fires in the environment and in health, in view of the constitutional provisions and conventional goals assumed by the public power, such as governance actions; as well as social relevance due to the concern with environmental goods in order to ensure the preservation of life. The methodology used was the inductive method, considering the constitutional hermeneutics topic-problematic, with the techniques of the referent, operational concepts, record and bibliographic research. In conclusion, since there is no protection for the environment, there is no guarantee of the right to health for all, directly affecting the Amazon biome.

KEYWORDS: Amazon; Right; Environment; Burned; Health.

1 | INTRODUÇÃO

Sempre quando se estuda o meio ambiente como direito fundamental de terceira

¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

dimensão, considera-se a proteção da vida. Dessa forma, não há como deixar de realizar, com base no contexto constitucional, a relação entre meio ambiente e saúde. Com a realidade de uma pandemia como fato transnacional, declarado no mundo todo, mais relevante se constata a análise da interação entre meio ambiente e saúde.

A realidade da ocorrência de queimadas no bioma Amazônico é recorrente, no entanto, diante da pandemia, o temor das consequências desse fato cresce e a poluição do ar adoce cada vez mais a população dessa região do Brasil. Há a afetação na saúde e no meio ambiente e a ausência de ações de governança suficientes para modificar essa realidade.

Para tanto, o artigo está dividido em três tópicos. No primeiro tópico, pretende-se analisar a relação existente entre meio ambiente e saúde, diante do contexto constitucional normativo existente. No segundo tópico, objetiva-se apresentar a constatação do aumento da poluição do ar, suas causas e consequências. E, no último tópico, propõe-se discutir e destacar a realidade Amazônica decorrente das queimadas.

A metodologia utilizada na fase de investigação foi o método indutivo; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e, no relatório da pesquisa empregou-se a base lógica indutiva dialogada com a hermenêutica constitucional tópico-problemática. Adicionaram-se, ainda, as técnicas do referente, dos conceitos operacionais, do fichamento e da pesquisa bibliográfica.

De forma preliminar e geral, essa é a estrutura deste artigo, considerada a sua importância para a academia e para a sociedade.

2 | CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Quando se for tratar de meio ambiente e saúde, é importante contextualizar. Uma pandemia ocorre quando uma doença atinge um grande espaço geográfico, atingindo assim, praticamente todos os continentes.

A Organização Mundial de Saúde², que faz parte da ONU (Organização das Nações Unidas) declarou primeiramente em 30 de janeiro de 2020 que se estava em uma Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional, pedindo que fossem tomadas medidas pelos governos de diferentes países. Devido ao aumento de casos e mortes, em 11 de março de 2020, a OMS então declarou a Pandemia da doença chamada COVID-19, causada por um tipo de coronavírus (SARS-CoV-2).

Ressalte-se que tal doença foi causada em decorrência da manipulação de animais silvestres pela população chinesa, que, devido a sua cultura, realiza feiras para venda desses animais para consumo e ao se contatarem os pacientes, muitos haviam frequentado

² World Health Organization. Disponível em: < <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em: 27 de set. 2020.

o mercado de frutos do mar e animais vivos de Wuhan, na China. Uma doença transmitida dos animais para os homens.³

De acordo com a Organização Mundial de Saúde, saúde significa: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”⁴. Não somente a ausência de doenças, mas numa consideração holística e talvez até utópica, um estado de bem-estar integral.

Dessa forma, outra contextualização necessária a se fazer, é a legal, dentro do nosso ordenamento constitucional, ou seja, nas disposições constitucionais. Descreve o art. 196 da Constituição Federal: “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”.⁵

Assim, além de serviços de promoção, proteção e recuperação, o Estado deve aplicar políticas públicas que garantam a redução no risco de doenças, o que está interligado com a garantia de um meio ambiente equilibrado (saneamento, moradia, educação, bem-estar social, saúde psíquica).⁶

Seguindo nessa contextualização, o artigo 225 da Constituição dispõe: “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.”⁷

É evidente pois que, sendo a saúde um estado de bem-estar físico, social e mental, e não só a ausência de doenças, a realidade que se vive é um tempo em que efetivamente a saúde está em falta. Essa saúde que é direito de todos e dever do Estado de tomar todas as medidas de políticas sociais e econômicas que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos, com o valor da solidariedade, da fraternidade, porque não é só para as presentes gerações, mas para as futuras gerações.

Dessa posição, infere-se que a saúde é decorrente da preservação e proteção ambiental. Se houve interferência agressiva, insustentável no ambiente, seja no caso dos animais, das vegetações, nas situações de poluição do ar, as consequências serão

3 LIMA, Rodrigo Ramos. **Especial Covid-19 | A Covid-19 e a relação entre humanos e animais: zoonoses e zooterapias**. Disponível em: < <http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1816-especial-covid-19-a-covid-19-e-a-relacao-entre-humanos-e-animais-zoonoses-e-zooterapias.html#X3EIDGhKhPY>>. Acesso em: 27 de set. 2020.

4 Organização Pan-americana de Saúde – OPAS. **Indicadores de saúde: Elementos Conceituais e Práticos** (Capítulo 1). Disponível em: <[https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&lang=pt#~:text=O%20conceito%20de%20sa%C3%BAde%20adota%20ou%20enfermidade%22%20\(4\)](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&lang=pt#~:text=O%20conceito%20de%20sa%C3%BAde%20adota%20ou%20enfermidade%22%20(4)>)>. Acesso em: 27 de set 2020.

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto consolidado até a EC n. 91, de 2016. Portal da Presidência da República: Constituição. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm> <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

6 BRAUNER, Maria Claudia; ZARO, Luciana. Saúde e Meio Ambiente: Fatores condicionantes para concretização do direito à saúde. **JURIS**, Rio Grande, 17: 53-74, 2012. Disponível em: < https://direito.furg.br/images/stories/LIVROS/REVISTA_JURIS_v.17_2012/3605-10016-1-PB-4.pdf>. Acesso em: 27 de set 2020.

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

sentidas e sofridas por todos, pela humanidade.

Seja por pandemias como a que se vive, seja por emergências climáticas, ou seja, mudanças nos regimes de chuvas, aumento da temperatura, derretimento das geleiras, secas intensas e chuvas devastadoras.⁸

As doenças transmitidas de animais para seres humanos estão em ascensão e pioram à medida que habitats selvagens são destruídos pela atividade humana, como disposto no relato do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).⁹

Por certo que a intervenção no meio ambiente provoca desastres, a pandemia do coronavírus, conforme Delton Winter de Carvalho¹⁰, é considerada um desastre biológico tanto no sistema de saúde pública como na consideração das suas consequências: “Nesta linha, são descritos como eventos que acarretam perdas de vidas humanas, saúde pública, de propriedades ou mesmo ambientais.”

O desastre da pandemia verificado pela perda da estabilidade dos sistemas sociais, seja de saúde e econômico, ainda é verificado por meio de atos normativos emitidos, como a Lei Federal 13.979/20¹¹, tendo em vista, como já exposto, que é dever do Estado a garantia da saúde e um meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial a essa saúde. Tal lei, em seu artigo terceiro, permite várias medidas de restrição a fim de conter a pandemia.

Antes ainda, em 4 de fevereiro de 2020, a Portaria n. 188/GM/MS¹², de 3 de fevereiro de 2020, declarou Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).

E nesse cenário, o Decreto Federal n. 10.282¹³ de março de 2020, regulamentando a Lei 13.979/20, incluiu a fiscalização ambiental como serviço essencial, ou seja, que não pode ser suspensa, que mesmo em pandemia, o resguardo do meio ambiente é primordial para que não aconteça uma piora ainda maior na situação de saúde pública declarada.

Além da legislação demonstrar a relação saúde e meio ambiente, a decisão do

8 FERRETTI, André Rocha. Mudanças Climáticas: causas e consequências. In. **Atuação do Ministério Público frente às Mudanças Climáticas**. Abrampa, p. 5. Disponível em: <<https://www.abrampa.org.br/abrampa/uploads/files/conteudo/248.pdf>>. Acesso em: 27 de set 2020.

9 UN – environment programme. **Surto de coronavírus é reflexo da degradação ambiental, afirma PNUMA**. Publicado em 03 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/surto-de-coronavirus-e-reflexo-da-degradacao-ambiental-afirma#:~:text=Ecosystems%20and%20Biodiversity-,Surto%20de%20coronav%C3%ADrus%20%C3%A9%20reflexo%20da%20degrada%C3%A7%C3%A3o%20ambiental%2C%20afirma%20PNUMA,s%C3%A3o%20destru%C3%ADdos%20pela%20atividade%20humana>>. Acesso: em 27 de set. 2020.

10 CARVALHO, Delton Winter de. **A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico**. Publicado em 13 de abr. 2020. Consultor Jurídico - Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2#_ftn2> Acesso em: 27 de set. 2020.

11 BRASIL. **Lei n.º 13979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

12 BRASIL. **Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/Portaria-188-20-ms.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

13 BRASIL. **Decreto Federal n. 10282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 28 set. 2020.

Supremo Tribunal Federal, na ADIN 6421, quanto à discussão da já revogada Medida Provisória n. 966 de 13 de maio de 2020¹⁴, que previa “responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19”, considerou princípios precipuamente utilizados no direito ambiental (prevenção e da precaução¹⁵) que devem ser considerados na análise dos atos dos agentes públicos quanto às decisões relacionadas à COVID 19, definindo que “erro grosseiro”, em relação à vida, à saúde e ao meio ambiente, seria a não observância de critérios científicos e dos referidos princípios constitucionais

Foram firmadas as seguintes teses: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.¹⁶

Em que pese a medida provisória ter perdido a validade, sem votação no Congresso Nacional, por certo que esse entendimento, com total expressão de relação entre saúde e meio ambiente, permanecerá.

E quando se trata sobre queimadas, há inúmeros documentos técnicos e científicos atestando a necessidade de proteção do ar, com implementação de políticas públicas para tanto, a fim de impedir ou reduzir a poluição gerada pelas queimadas e, conseqüentemente os problemas de saúde.

3 | A POLUIÇÃO DO AR E SEUS EFEITOS

Fixadas essas premissas, não custa rememorar que a poluição atmosférica, em um cenário “não pandêmico”, já é prejudicial à saúde humana. Contudo, apesar de numerosos estudos laboratoriais e populacionais já terem demonstrado o papel lesivo da poluição do ar para as vias respiratórias, esta preocupação ainda não se traduz em propostas concretas nas recomendações oficiais.¹⁷

Resoluções do CONAMA tratam dos padrões mínimos de qualidade do ar em âmbito nacional. A Resolução n 5/1989 dispõe sobre o Programa Nacional de Controle da Poluição

14 BRASIL. **Medida Provisória 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 30 de set. 2020

15 ABI-EÇAB, Pedro; KURKOWSKI, Rafael Schwez. **Resumo de Direito Ambiental**. São Paulo: JHMizuno, p. 22.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6421**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>> Acesso em: 30 de set. 2020.

17 DA MOTTA, R. Seroa; MENDES, Ana Paula Fernandes. Custos de saúde associados à poluição do ar no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 25, n. 1, p. 165-198, 1995.

do Ar (PRONAR), como um dos instrumentos básicos da gestão ambiental para proteção da saúde e bem-estar das populações e melhoria da qualidade de vida, com o objetivo de permitir o desenvolvimento econômico e social do país de forma ambientalmente segura

A Resolução CONAMA 491/2018 é o ato normativo nacional que estipula padrões de qualidade do ar.¹⁸ Acontece que essa norma é alvo de ação direta de inconstitucionalidade no STF, em ação proposta pela Procuradoria Geral da República. Segundo o autor da ação, a Resolução prevê valores de padrões iniciais muito permissivos.¹⁹

Inclusive, o Ministério Público Federal realizou audiência pública para angariar elementos aptos a impugnar a ainda proposta de Resolução. No referido ato, o Professor José Afonso da Silva assim se manifestou sobre a dimensão do problema da poluição atmosférica:

Eu quero apenas manifestar a ideia de que a poluição do ar é a mais danosa das poluições, porque ela é expansiva. É expansiva no sentido de que ela provoca a poluição de todos os demais elementos da natureza, na medida em que os detritos e elementos que ela provoca na atmosfera acabam descendo à terra e contaminando a água, contaminando as florestas, enfim, contaminando os demais elementos, e especialmente porque ela provoca doenças respiratórias que levam à morte, como ficamos sabendo através das estatísticas de morte em consequência dessa poluição. E, mais, porque ela provoca o efeito estufa e gera o aquecimento global, que por sua vez tem consequências imensas, possivelmente desastrosas e destruidoras a longo prazo, se não se cuidar da própria humanidade.²⁰

As queimadas geram poluentes que podem permanecer no ar por semanas, prejudicando a saúde de quem inspira o ar impuro. Segundo a Organização Mundial da Saúde, a exposição à fumaça e cinzas das queimadas pode causar inúmeras doenças crônicas pulmonares, além de alergias.²¹

Além de prejudicial à saúde, a fumaça das queimadas tem potencial para desestabilizar diversas estruturas, como produzir a drástica redução da visibilidade, fechamento de aeroportos e escolas, aumento de acidentes de trânsito, destruição da biota pelo fogo, diminuição da produtividade, restrição das atividades de lazer e de trabalho, efeitos psicológicos e custos econômicos.²²

18 BRASIL, Resolução n.º 491, de 19 de novembro de 2018. Ministério do meio ambiente

Conselho Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/ conama/legiabre.cfm?codlegi=740>>. Acesso em: 02 out. 2020.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6148**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413617> Acesso em: 02 out. 2020.

20 Relatório Conclusivo da audiência pública. Disponível em: <www.mpf.mp.br/ ccr4 / eventos / audiencia-publica / R>. Acesso em: 03.out. 2020.

21 Human Rights Watch (HRW); Instituto de Estudos para Políticas de Saúde (IEPS); Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM). **O ar é insuportável**: Os impactos das queimadas associadas ao desmatamento da Amazônia brasileira na saúde. ago., 2020. Disponível em https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2020/08/brazil0820pt_web.pdf. Acesso em: 02. out. 2020.

22 RIBEIRO, Helena; ASSUNCAO, João Vicente de. **Efeitos das queimadas na saúde humana**. Estud. av., São Paulo, v. 16, n. 44, pág. 125-148, abril de 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0142002000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 de out. 2020.

Como principais impactos ambientais e socioeconômicos, podem ser mencionados: fragmentação florestal; redução da evapotranspiração; emissões de gases de efeito estufa; redução da biodiversidade; alteração de microclimas; mortalidade de árvores; aumento da concentração de aerossóis; decréscimo do escoamento regional; perda de oportunidades para o uso sustentável da floresta, e conflitos sociais, dentre outros.²³

A poluição do ar não é um problema recente. Desde a primeira metade do século XX ela se apresenta como um grave problema nos centros urbanos industrializados.²⁴ Foram necessários trágicos episódios na história para os poderes constituídos voltarem seus olhos para a necessidade de controle da emissão de poluentes do ar. Talvez o mais marcante deles tenha sido o grande nevoeiro de 1952 em Londres, também conhecido como “Big Smoke”.²⁵

Ao contrário do que acontece em grandes metrópoles, em que grande parte da poluição atmosférica advém da produção industrial,²⁶ na região Amazônica, os poluentes são originados do desmatamento.

Na China, por exemplo, a poluição reduzida resultante dos bloqueios impostos como medida para conter o coronavírus provavelmente salvaram entre 53 e 77 mil vidas — muito mais do que a taxa de mortalidade diretamente relacionada ao vírus.²⁷

Vale dizer que boa parte dessas queimadas são feitas por grileiros, que invadem terras públicas, retiram as árvores mais valiosas e derrubam a mata restante com a ajuda de correntes presas a tratores,²⁸ normalmente para plantar pasto e criar gado.

Os indicativos para 2020 não são nada otimistas. Com efeito, estudo do IPAM (Instituto de pesquisa ambiental da Amazônia), indica que, no primeiro trimestre de 2020, o desmatamento em terras públicas na Amazônia legal aumentou 51% em relação ao mesmo período do ano passado.²⁹Dados do Imazon (Instituto do homem e meio ambiente

23 FEARNSTIDE, Philip M.. Desmatamento na Amazônia: dinâmica, impactos e controle. **Acta Amaz.**, Manaus, v. 36, n. 3, p. 395-400, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00449672006000300018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2020.

24 BRAGA, Alfesio; PEREIRA, Luiz Alberto Amador; SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento. **Poluição atmosférica e seus efeitos na saúde humana**. Trabalho apresentado no evento de sustentabilidade na geração e uso de energia, UNICAMP, v. 18, 2002.

25 WANG, Gehui, et al. Persistent sulfate formation from London Fog to Chinese haze. **Proceedings of the National Academy of Sciences** Nov 2016, 113 (48) 13630-13635; DOI: 10.1073/pnas.1616540113 Disponível em: <<https://www.pnas.org/content/113/48/13630>>. Acesso em: 27 set. 2020

26 MARTINS, Thays. No auge da pandemia do novo Coronavírus, a NASA divulgou imagens de satélite demonstrando queda da poluição chinesa em virtude da paralisação e fechamento das fábricas. **Correio Braziliense**. Ciência e saúde. Postado em 06 mar 2020. Disponível: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/03/06/interna_cien_cia_saude,832563/nasa-mostra-queda-na-poluicao-chinesa-durante-epidemia-de-coronavirus.shtml>. Acesso em: 03 out. 2020.

27 AMBIENTE BRASIL. **Poluição intensificou gravidade da covid-19, mas isolamento social deixou o ar mais limpo**. 16 abr. 2020. Disponível em: <<https://noticias.ambiente.brasil.com.br/clipping/2020/04/16/158858-poluicao-intensificou-gravidade-da-covid-19-mas-isolamento-social-deixou-o-ar-mais-limpo.html>>. Acesso em: 01.out 2020.

28 COPPOLA, Marcelo. Sobras do desmatamento de 2019 podem pressionar ainda mais sistema de saúde na pandemia. **Mongabay**. 19 jun. 2020. Disponível em <https://brasil.mongabay.com/2020/06/sobras-do-desmatamento-de-2019-podem-pressionar-ainda-mais-sistema-de-saude-na-pandemia/#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20da%20Amaz%C3%B4nia%20Legal,afeta%20principalmente%20crian%C3%A7as%20e%20idosos>>. Acesso em: 01.out. 2020.

29 AMAZÔNIA, notícia e informação. **Desmatamento na Amazônia tem tendência de alta no ano; veja 10 motivos de alerta sobre o tema**. 25 mai. 2020. Disponível em: <https://amazonia.org.br/2020/05/desmatamento-na-amazonia>

da Amazônia) registrou que o crescimento do desmatamento comparando abril de 2019 e abril de 2020 foi de 171% na Amazônia³⁰

Em média, o ar da região amazônica foi 53% mais poluído em 2019 comparado com 2018.³¹ Todo ano essa fumaça das queimadas leva uma legião de pessoas aos hospitais. Estudo da Fiocruz analisou dados de hospitais de cerca de 100 municípios da Amazônia Legal em maio e junho de 2019. Os estados mais afetados foram Pará, Rondônia, Maranhão e Mato Grosso. O mesmo estudo aponta que viver em áreas afetadas pela fumaça das queimadas aumenta em 36% o risco de uma criança ser internada por problemas respiratórios.³²

Segundo pesquisas, em agosto de 2019, cerca de três milhões de pessoas, residentes em 90 municípios da região amazônica, foram expostas a níveis nocivos de material particulado fino.³³ Sabe-se que, quanto mais próxima a queimada dos seres humanos, geralmente é maior o seu efeito à saúde. Não é por outra razão que bombeiros e combatentes de queimadas, sem dúvida, constituem o grupo com mais alto risco de envenenamento.³⁴

Obviamente, então, que os habitantes da região Norte sofrem mais os impactos em sua saúde por conta da poluição atmosférica das queimadas, mesmo porque a economia da região se baseia no extrativismo florestal, mineração, pecuária, agricultura e pesca.

Como ainda não há uma vacina para o novo coronavírus e, não obstante a maioria dos estados da Amazônia Legal apresentarem queda no número de mortes decorrentes da doença, ainda estamos em plena pandemia.³⁵

Os impactos das queimadas de 2020 e sua associação com o coronavírus na saúde humana ainda não são totalmente conhecidos, não obstante, especialistas apontam que a fumaça pode agravar os sintomas do vírus, resultando em casos mais graves. De fato, estudo de 2003 sobre o surto de SARS, vírus que mais se assemelha ao novo coronavírus, constatou que as taxas de mortalidade nas áreas mais poluídas da China foram duas vezes

-tem-tendencia-de-alta-no-ano-veja-10-motivos-de-alerta-sobre-o-tema/. Acesso em: 02 out. 2020.

30 MENEZES, Duda. **Dados do Imazon (Instituto do homem é meio ambiente da Amazônia) Registrou que o crescimento do desmatamento comparado a abril de 2019 e abril de 2020 foi de 171%**. 19 mai. 2020. Disponível em: <[31 MOUTINHO, Paulo et al. **Amazônia em chamas: desmatamento e fogo em tempos de COVID-19**. Nota Técnica n. 4. Junho 2020. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia - IPAM. Disponível em <https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2020/06/NT4-pt-desmate-fogo-covid-1.pdf> Acesso em 30 de set. 2020.](https://www.oeco.org.br/reportagens/total-da-area-desmatada-na-amazonia-em-2020-ja-e-maior-que-cidade-de-sao-paulo/#:~:text=Quem%20apoiar,Tot%20da%20C3%A1rea%20desmatada%20na%20Amaz%C3%B4nia%20em%202020%20j%C3%A1,que%20cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&text=Os%20dados%20s%C3%A3o%20do%20sistema,mesmo%20m%C3%AAs%20do%20ano%20passado%20. Acesso em: 01 out. 2020.</p></div><div data-bbox=)

32 INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA EM SAÚDE – ICICT. **Aumento de problemas respiratórios em crianças nas áreas de queimadas da Amazônia acarreta forte impacto para o SUS**. 02 out.2019 Disponível em: <<https://www.icict.fiocruz.br/content/aumento-de-problemas-respiratorios-em-criancas-nas-areas-de-queimadas-da-amazonia-acarreta>>. Acesso em: 01 out. 2020.

33 Human Rights Watch (HRW); Instituto de Estudos para Políticas de Saúde (IEPS); Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM). **O ar é insuportável: Os impactos das queimadas associadas ao desmatamento da Amazônia brasileira na saúde**. ago. 2020.

34 RIBEIRO, Helena; ASSUNCAO, João Vicente de. **Efeitos das queimadas na saúde humana**.

35 SISTEMA DE PROTEÇÃO DA AMAZÔNIA – SIPAM. **Situação do Covid-19 na Amazônia Legal**. Disponível em: <http://www.sipam.gov.br/assuntos/mapas-covid-19-amazonia-legal/copy_3_of_junho>. Acesso em: 01.out. 2020.

maiores do que nas menos poluídas.³⁶

Além disso, três recentes estudos preliminares (sem a revisão de outros cientistas), concluíram que ar poluído contribui para o maior número de casos graves da doença.³⁷

A especialista em degradação florestal e pesquisadora das universidades britânicas de Oxford e Lancaster, Erika Berenguer, chegou a afirmar que “A soma de coronavírus com queimadas é a tempestade perfeita para termos um pico de morte nos estados do Norte por causa de problemas respiratórios”.³⁸

4 | A EMERGÊNCIA DE UMA AMAZÔNIA EM CHAMAS

Segundo o Ministério do Meio Ambiente³⁹, o Bioma Amazônia é tratado por “Amazônia”, e assim descrito como “um verde e vasto mundo de águas e florestas, onde as copas de árvores imensas escondem o úmido nascimento, reprodução e morte de mais de um-terço das espécies que vivem sobre a Terra.”

Na verdade, a Amazônia como um todo espalha-se por um total de 9 países da América do Sul. São eles Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela, mantendo as mesmas condições de vegetação, solo, clima e bacia hidrográfica.⁴⁰

Tem-se ainda, o conceito de Amazônia Legal, que inclui (Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia e Roraima), também o Mato Grosso, Tocantins e o Oeste do Maranhão (região Nordeste), conforme as leis de Lei n. 5.173, de 27 out. 1966 e Lei Complementar n. 124, de 3 jan. 2007, e nesse caso, como conceito criado pelos governantes, há abrangência não só do bioma de floresta tropical, mas também o cerrado e o pantanal.⁴¹

O contexto histórico de ocupação e exploração da região amazônica é marcada por práticas extrativistas como o da borracha e o da castanha (*Bertholletia excelsa*), mas foi apenas a partir de meados do século XX, que os danos ambientais resultantes da ação humana tornaram-se mais visíveis, como o crescimento da população e a concentração

36 NIRANJAN, Ajit. **Coronavírus e poluição do ar podem ser combinação perigosa**. DW for minds. 12 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/coronav%C3%ADrus-e-polui%C3%A7%C3%A3o-do-ar-podem-ser-combina%C3%A7%C3%A3o-perigosa/a-53064895>>. Acesso em: 01.out. 2020.

37 BATISTA, Everton Lopes. Estudos relacionam pior qualidade do ar com mais mortes por Covid-19. **Folha de São Paulo**. 01 mai. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/eq/uilibriosaude/2020/05/estudos-relacionam-pior-qualidade-do-ar-com-mais-mortes-por-covid-19.shtml>>. Acesso em: 01 out. 2020.

38 CAMARGOS, Daniel. Em meio à covid-19, queimadas na Amazônia ampliam risco de morte e de colapso hospitalar por doença respiratória. **Reporte Brasil**. 08 mai. 2020. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2020/05/em-meio-a-covid-19-queimadas-na-amazonia-ampliam-risco-de-morte-e-de-colapso-hospitalar-por-doenca-respiratoria/#:~:text=E2%80%9CA%20so%20ma%20da%20covid%20com,um%20estudo%20que%20demonstra%20a>>. Acesso em: 02 out. 2020.

39 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Amazônia**. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/biomas/amaz%C3%B4nia>> Acesso em: 30 set. 2020.

40 COSTA, Inês Moreira da; LEAL, Jorge Luiz dos Santos. **A Amazônia como espaço transnacional típico**. In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (Org). Transnacionalidade e sustentabilidade: possibilidades em um mundo em transformação. Rondônia: Emeron, 2018. p. 151-167.

41 BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como Salvar a Amazônia: Por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. In: **Revista de Direito da Cidade**. vol. 12, nº 2. ISSN 2317-7721 DOI: 10.12957/rdc.2020.50890

da propriedade rural.⁴² E nesse bioma, todos os anos há a destruição da biodiversidade, com o desmatamento e com as queimadas. O fogo utilizado é justamente uma forma de “limpeza” do solo que já foi afetado pelo desmatamento, para ser posteriormente utilizado na agropecuária, tem-se então, o chamado “ciclo de desmatamento da Amazônia”⁴³.

Para a ocorrência de fogo são necessárias fontes de ignição (naturais ou antrópicas); material combustível (como madeiras e folhas); e condições climáticas (seca). O chamado “triângulo do fogo” (Bond e Keane, 2017), o chamado “fogo do desmatamento”.⁴⁴

Dessa forma, a floresta tropical e úmida, possui características nas quais um incêndio não ocorreria e nem se alastraria por si só. As queimadas ocorrem em razão das atividades humanas.⁴⁵ realizadas no desmatamento que deixam a matéria da floresta secando, o que facilita a queima. A perda ecossistêmica ocorrida nesses casos é muito grande, porque a floresta, mesmo que se regenere, não terá as características da anterior.

Segundo dados técnicos do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, IPAM, emitidos em junho de 2020, os Estados com maiores taxas de desmatamento, tiveram maiores taxas de queimadas no primeiro semestre de 2020, se comparado ao mesmo período de 2019. A área já desmatada que poderá ser queimada, equivale a aproximadamente o tamanho de 451.000 campos de futebol, sendo que junho e julho registraram um aumento de mais de vinte por cento comparado ao ano anterior.⁴⁶

Não obstante esse cenário já exposto, o governo federal tem arrefecido a fiscalização na Amazônia legal. Além do IBAMA ter aplicado o menor número de multas por infrações ambientais em 2019, essas multas agora precisam ser revistas em uma “audiência de conciliação” que o órgão federal não tem estrutura para implementar.⁴⁷

Embora a premente necessidade de adoção de medidas de governança para mudança da situação fática, emerge desses dados que o Brasil está longe de enfrentar a origem do problema e cumprir o compromisso assumido no acordo de Paris⁴⁸ sobre a mudança do clima de acabar com o desmatamento ilegal até 2030.

42 MELLO, Andréa Hentz; FEITOSA, Nathália Karolinne. Dinâmicas da ocupação territorial na Amazônia: Reflexões sobre os impactos socioambientais pós-pandemia decorrentes do avanço do desmatamento. **Unifesspa**: Painel Reflexão em tempos de crise, v. 15, 2020. Disponível em: <https://acoescovid19.unifesspa.edu.br/images/conteudo/TextoProfa.Andr%C3%A9a_Hentz.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020

43 G1 RO. **Quase 500 focos de queimada são registrados na primeira semana de agosto em RO**. 10 ago. 2020 Disponível em: <<https://g1.globo.com/ro/rondonia/natureza/amazonia/noticia/2020/08/10/quase-500-focos-de-queimada-sao-registrados-na-primeira-semana-de-agosto-em-ro.ghtml>> Acesso em: 30 de set. 2020.

44 ALENCAR, Ane et. al. **Amazônia em chamas o fogo e o desmatamento em 2019 e o que vem em 2020**. Nota Técnica n. 3. abr. 2020. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia - IPAM. Disponível em: <<https://ipam.org.br/bibliotecas/amazonia-em-chamas-3-o-fogo-e-o-desmatamento-em-2019-e-o-que-vem-em-2020/>> Acesso em: 30 de abr. 2020.

45 FERNANDES, Thiago et al. Poluição do ar e efeitos na saúde de crianças na Amazônia paraense: uma análise bibliométrica. **Research, Society and Development**, v. 8, n. 4, p. e4984907-e4984907, 2019. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/~abepo/rgb/publicacoes/index.php/anaais/article/viewFile/1173/1137>>. Acesso em: 02 out. 2020.

46 MOUTINHO, Paulo et al. **Amazônia em chamas**: desmatamento e fogo em tempos de COVID-19. Nota Técnica n. 4. Junho 2020. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia - IPAM.

47 PRIZIBISCZKI, Cristiane. **MMA regulamenta normas que alteram aplicação e cobrança de multas ambientais no país**. Publicado em 11 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/reportagens/mma-regulamenta-normas-que-alteram-aplicacao-e-cobranca-de-multas-ambientais-no-pais/>>. Acesso em: 02 out. 2020.

48 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Acordo de Paris**. Disponível em <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>> Acesso em: 05 out. 2020.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida. Trata-se, importante frisar, do direito a uma vida com qualidade, não de simplesmente “estar vivo”. Não há vida com qualidade e dignidade quando o ambiente que nos cerca está poluído, degradado e servindo como verdadeiro vetor de doenças, por conta da ação humana.

Qualquer conclusão insofismável sobre os impactos da pandemia, associada à poluição decorrente do desmatamento, ainda é prematura, em razão dos números de óbitos e contaminados na região norte.⁴⁹

Parece muito crível concluir que a qualidade do meio ambiente que nos cerca influi decisivamente para a manutenção de nossa saúde e nosso bem-estar.

O enfrentamento do desmatamento demanda a união e a convergência de esforços de todos (governo, terceiro setor e sociedade), não obstante o governo federal devesse atuar com protagonismo na questão, diante dos compromissos internacionais assumidos pelo estado Brasileiro. Caso contrário, permaneceremos indefinidamente com políticas públicas improvisadas e levadas a efeito por curto espaço de tempo, somente enquanto a fumaça chama a atenção da imprensa e se aguarda o próximo desastre social substituir as manchetes.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro; KURKOWSKI, Rafael Schwez. **Resumo de Direito Ambiental**. São Paulo: JHMizuno, p. 22.

ALENCAR, Ane et. al. **Amazônia em chamas o fogo e o desmatamento em 2019 e o que vem em 2020**. Nota Técnica n. 3. abril 2020. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia - IPAM. Disponível em: < <https://ipam.org.br/bibliotecas/amazonia-em-chamas-3-o-fogo-e-o-desmatamento-em-2019-e-o-que-vem-em-2020/>> Acesso em: 30 abr. 2020.

AMAZÔNIA, notícia e informação. **Desmatamento na Amazônia tem tendência de alta no ano; veja 10 motivos de alerta sobre o tema**. 25 mai. 2020. Disponível em: <<https://amazonia.org.br/2020/05/desmatamento-na-amazonia-tem-tendencia-de-alta-no-ano-veja-10-motivos-de-alerta-sobre-o-tema/>>. Acesso em: 02 out. 2020.

AMBIENTE BRASIL. **Polução intensificou gravidade da covid-19, mas isolamento social deixou o ar mais limpo**. 16 abr. 2020. Disponível em: <<https://noticias.ambientebrasil.com.br/clipping/2020/04/16/158858-poluicao-intensificou-gravidade-da-covid-19-mas-isolamento-social-deixou-o-ar-mais-limpo.html>>. Acesso em: 01.out 2020.

BAQUI, Pedro. et al., “Ethnic and regional variations in hospital mortality from COVID-19 in Brazil: a cross-sectional observational study”, **The Lancet Global Health**, 2 jul. de 2020. Disponível em:<[https://www.thelancet.com/journals/lanгло/article/PIIS2214-109X\(20\)30285-0/fulltext#tbl1](https://www.thelancet.com/journals/lanгло/article/PIIS2214-109X(20)30285-0/fulltext#tbl1)>. Acesso em: 02 out. 2020.

49 CORONAVÍRUS BRASIL. **Covid 19 – painel coronavírus**. Disponível em <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 01.out.2020.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como Salvar a Amazônia: Por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. In: **Revista de Direito da Cidade**. vol. 12, nº 2. ISSN 2317-7721 DOI: 10.12957/rdc.2020.50890.

BATISTA, Everton Lopes. Estudos relacionam pior qualidade do ar com mais mortes por Covid-19. **Folha de São Paulo**. 01 mai. 2020 Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/eq/ulibrioesaude/2020/05/estu-dos-relacionam-pior-qualidade-do-ar-com-mais-mortes-por-covid-19.shtml>. Acesso em: 01 out. 2020.

BRAGA, Alfesio; PEREIRA, Luiz Alberto Amador; SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento. **Polição atmosférica e seus efeitos na saúde humana**. Trabalho apresentado no evento de sustentabilidade na geração e uso de energia, UNICAMP, v. 18, 2002.

BRASIL, **Resolução nº. 491, de 19 de novembro de 2018**. Ministério do meio ambiente. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=740>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até a EC n. 91, de 2016. Portal da Presidência da República: Constituição. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Decreto Federal n. 10282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 28 set. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Acordo de Paris**. Disponível em < <https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>> Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Amazônia**. Disponível em: < <https://www.mma.gov.br/biomas/amaz%C3%B4nia>> Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Portaria n. 188, de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Portaria/Portaria-188-20-ms.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6148**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413617>>. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6421**. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>> Acesso em: 30 set. 2020.

BRAUNER, Maria Claudia; ZARO, Luciana. Saúde e Meio Ambiente: Fatores condicionantes para concretização do direito à saúde. **JURIS**, Rio Grande, 17: 53-74, 2012. Disponível em: < https://direito.furg.br/images/stories/LIVROS/REVISTA_JURIS_v.17_2012/3605-10016-1-PB-4.pdf>. Acesso em: 27 de set 2020.

CAMARGOS, Daniel. Em meio à covid-19, queimadas na Amazônia ampliam risco de morte e de colapso hospitalar por doença respiratória. **Reporte Brasil**. 08 mai. 2020. Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/2020/05/em-meio-a-covid-19-queimadas-na-amazonia-ampliam-risco-de-morte-e-de-colapso-hospitalar-por-doenca-respiratoria/#:~:text=%E2%80%9CA%20soma%20da%20covid%20com,um%20estudo%20que%20demonstra%20a>>. Acesso em: 02 out. 2020.

CARVALHO, Delton Winter de. **A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico**. Publicado em 13 de abr. 2020, Consultor Jurídico - Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2#_ftn2> Acesso em: 27 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=740>>. Acesso em: 02 out. 2020.

COPPOLA, Marcelo. Sobras do desmatamento de 2019 podem pressionar ainda mais sistema de saúde na pandemia. **Mongabay**. 19 jun. 2020. Disponível em: <https://brasil.mongabay.com/2020/06/sobras-do-desmatamento-de-2019-podem-pressionar-ainda-mais-sistema-de-saude-na-pandemia/#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20da%20Amaz%C3%B4nia%20Legal,afeta%20principalmente%20crian%C3%A7as%20e%20idosos>>. Acesso em: 01.out. 2020.

CORONAVÍRUS BRASIL. **Covid 19 – painel coronavírus**. Disponível em <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 01.out. 2020.

COSTA, Inês Moreira da; LEAL, Jorge Luiz dos Santos. **A Amazônia como espaço transnacional típico**. In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro (Org). Transnacionalidade e sustentabilidade: possibilidades em um mundo em transformação. Rondônia: Emeron, 2018. p. 151-167.

DA MOTTA, R. Seroa; MENDES, Ana Paula Fernandes. Custos de saúde associados à poluição do ar no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 25, n. 1, p. 165-198, 1995.

FEARNSIDE, Philip M.. Desmatamento na Amazônia: dinâmica, impactos e controle. **Acta Amaz.**, Manaus , v. 36, n. 3, p. 395-400, 2006 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00449672006000300018&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 out. 2020.

FERNANDES, Thiago et al. Poluição do ar e efeitos na saúde de crianças na Amazônia paraense: uma análise bibliométrica. **Research, Society and Development**, v. 8, n. 4, p. e4984907-e4984907, 2019. Disponível em : < <http://www.abep.org.br/~abepo/rgb/publicacoes/index.php/naais/article/viewFile/1173/1137>>. Acesso em: 02 out. 2020.

FERRETTI, André Rocha. Mudanças Climáticas: causas e consequências. In. **Atuação do Ministério Público frente às Mudanças Climáticas**. Abrampa, p. 5. Disponível em: <<https://www.abrampa.org.br/abrampa/uploads/files/conteudo/248.pdf>>. Acesso em: 27 set 2020.

G1 RO. **Quase 500 focos de queimada são registrados na primeira semana de agosto em RO.** 10 ago. 2020 Disponível em: <<https://g1.globo.com/ro/ron-donia/natureza/amazonia/noticia/2020/08/10/quase-500-focos-de-queimada-sao-registrados-na-primeira-semana-de-agosto-em-ro.ghtml>> Acesso em: 30 set. 2020.

Human Rights Watch (HRW); Instituto de Estudos para Políticas de Saúde (IEPS); Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM). **O ar é insuportável:** Os impactos das queimadas associadas ao desmatamento da Amazônia brasileira na saúde. ago. 2020. Disponível em: <https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2020/08/brazil0820pt_web.pdf>. Acesso em: 02. out. 2020.

INSTITUTO DE COMUNICAÇÃO E INFORMAÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA EM SAÚDE – ICICT. **Aumento de problemas respiratórios em crianças nas áreas de queimadas da Amazônia acarreta forte impacto para o SUS.** 02 out.2019 Disponível em: <<https://www.iciet.fiocruz.br/content/aumento-de-problemas-respiratorios-em-criancas-nas-areas-de-queimadas-da-amazonia-acarreta>>. Acesso em: 01 out. 2020.

LIMA, Rodrigo Ramos. **Especial Covid-19 | A Covid-19 e a relação entre humanos e animais: zoonoses e zooterapias.** Disponível em: <<http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1816-especial-covid-19-a-covid-19-e-a-relacao-entre-humanos-e-animais-zoonoses-e-zooterapias.html#X3EIDGhKhPY>>. Acesso em: 27 set. 2020.

MARTINS, Thays. No auge da pandemia do novo Coronavírus, a NASA divulgou imagens de satélite demonstrando queda da poluição chinesa em virtude da paralisação e fechamento das fábricas. **Correio Braziliense.** Ciência e saúde. Postado em 06 mar 2020. Disponível: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/03/06/interna_ciencia_saude,832563/nasa-mostra-queda-na-poluicao-chinesa-durante-epidemia-de-coronavirus.shtml>. Acesso em: 02 out. 2020.

MELLO, Andréa Hentz; FEITOSA, Nathália Karolinne. Dinâmicas da ocupação territorial na Amazônia: Reflexões sobre os impactos socioambientais pós-pandemia decorrentes do avanço do desmatamento. **Unifesspa:** Painel Reflexão em tempos de crise, v. 15, 2020. Disponível em: <https://acoes.covid19.unifesspa.edu.br/images/conteudo/Texto_Profa.Andr%C3%A9a_Hentz.pdf>. Acesso em: 03 out. 2020.

MENEGASSI, Duda. **Dados do Imazon (Instituto do homem é meio ambiente da Amazônia) Registrou que o crescimento do desmatamento comparado a abril de 2019 e abril de 2020 foi de 171%.** 19 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/reportagens/total-da-area-desmatada-na-amazonia-em-2020-ja-e-maior-que-cidade-de-sao-paulo/#:~:text=Quem%20apoia-,Total%20da%20C3%A1rea%20desmatada%20na%20Amaz%C3%B4nia%20em%202020%20j%C3%A1,que%20cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&text=Os%20dados%20s%C3%A3o%20do%20Sistema,mesmo%20m%C3%AA%20do%20a%20no%20passado>>. Acesso em: 01 out. 2020.

MOUTINHO, Paulo et al. **Amazônia em chamas:** desmatamento e fogo em tempos de COVID-19. Nota Técnica n. 4. Junho 2020. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia - IPAM. Disponível em: <<https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2020/06/NT4-pt-desmate-fogo-covid-1.pdf>>. Acesso em 30 set. 2020.

NIRANJAN, Ajit. **Coronavírus e poluição do ar podem ser combinação perigosa.** DW for minds. 12 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/coronav%C3%ADrus-e-polui%C3%A7%C3%A3o-do-ar-podem-ser-combina%C3%A7%C3%A3o-perigosa/a-53064895>>. Acesso em: 01.out. 2020.

Organização Pan-americana de Saúde – OPAS. **Indicadores de saúde:** Elementos Conceituais e Práticos (Capítulo 1). Disponível em: <[PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&lang=pt#:~:text=O%20conceito%20de%20sa%C3%BAde%20adota%20do,ou%20enfermidade%22%20(4)>https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=14401:health-indicators-conceptual-and-operational-considerations-section-1&Itemid=0&lang=pt#:~:text=O%20conceito%20de%20sa%C3%BAde%20adota%20do,ou%20enfermidade%22%20(4)>>. Acesso em: 27 set. 2020.</p></div><div data-bbox=)

PRIZIBISCZKI, Cristiane. **MMA regulamenta normas que alteram aplicação e cobrança de multas ambientais no país.** Publicado em 11 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.oeco.org.br/reportagens/mma-regulamenta-normas-que-alteram-aplicacao-e-cobranca-de-multas-ambientais-no-pais/>>. Acesso em: 02 out. 2020.

Relatório Conclusivo da audiência pública. Disponível em: <www.mpf.mp.br/ccr4/eventos/audiencia-publica> R. Acesso em: 03.out. 2020.

RIBEIRO, Helena; ASSUNCAO, João Vicente de. **Efeitos das queimadas na saúde humana.** Estud. av., São Paulo, v. 16, n. 44, pág. 125-148, abril de 2002. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-0142002000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 out. 2020.

SISTEMA DE PROTEÇÃO DA AMAZÔNIA – SIPAM. **Situação do Covid-19 na Amazônia Legal.** Disponível em: <http://www.sipam.gov.br/assuntos/mapas-covid-19-amazonia-legal/copy3_of_junho>. Acesso em: 01.out. 2020.

UN – environment programme. **Surto de coronavírus é reflexo da degradação ambiental, afirma PNUMA.** Publicado em 03 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/surto-de-coronavirus-e-reflexo-da-degradacao-ambiental-afirma#:~:text=Ecosystems%20and%20Biodiversity-,Surto%20de%20coronav%C3%ADrus%20%C3%A9%20reflexo%20da%20degrada%C3%A7%C3%A3o%20ambiental%2C%20afirma%20PNUMA,s%C3%A3o%20destru%C3%ADdos%20pela%20atividade%20humana>>. Acesso: em 27 set. 2020.

WANG, Gehui, et al. Persistent sulfate formation from London Fog to Chinese haze. **Proceedings of the National Academy of Sciences** Nov 2016, 113 (48) 13630-13635;DOI:10.1073/pnas.1616540113. Disponível em: <<https://www.pnas.org/content/113/48/13630>>. Acesso em: 27 set. 2020.

ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19: UMA ANÁLISE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 30/03/2021

Jackelline Fraga Pessanha

Universidade do Estado de Minas Gerais
Docente efetiva de Direito Ambiental e
Desenvolvimento Sustentável UEMG/Ituiutaba.
Doutoranda em Direito pela UniCEUB. Mestre
em Direitos e Garantias Fundamentais pela
FDV. Advogada
Ituiutaba – Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/1499946378076407>

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes

Universidade do Estado de Minas Gerais
Docente efetivo de Teoria do Processo e Direito
Processual Civil UEMG/Ituiutaba. Mestre pela
UFES. Advogado
Ituiutaba – Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/5263771970940796>

RESUMO: Nesse tempo de pandemia pela COVID-19 ocorreu a paralisação das atividades jurisdicionais. Essas atividades começam a ser retomadas. Contudo, esse seguimento do processo perpassa pela realização de audiências, que não conseguem ter a participação da parte envolvida, justamente pela regra do distanciamento social. Por isso, o objeto do presente texto é verificar se a audiência poderá acontecer sem as partes. Para isso, usar-se o método dialético de solução dos conflitos, para verificar se as audiências de conciliação realizadas por via eletrônica, sem a participação das partes, atendem aos preceitos do Acesso à

Justiça efetivo ao jurisdicionado.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; pandemia; audiência de conciliação.

ACCESS TO JUSTICE IN PANDEMIC TIMES THE COVID-19: AN ANALYSIS OF THE CONCILIATION HEARING

ABSTRACT: In this pandemic time by COVID-19, jurisdictional activities were paralyzed. These activities are beginning to resume. However, this follow-up of the process involves audiences, which are unable to have the participation of the party involved, precisely by the rule of social distance. Therefore, the object of this text is to verify if the hearing can take place without the parties. To do this, use the dialectical method of conflict resolution to verify that the reconciliation hearings held electronically, without the participation of the parties, meet the precepts of Access to Justice effective for the jurisdicted.

KEYWORDS: Access to justice; pandemic; conciliation hearing.

1 | INTRODUÇÃO

Há tempos a doutrina se debruça sobre o tempo do acesso à justiça. Muito se discute sobre suas disposições, se estariam relegadas a tratar, apenas, da possibilidade de provocar o Poder Judiciário, ou se sua terminologia seria muito mais ampla para abarcar as resoluções que ocorrem de maneira não institucionalizada. É esse o foco do presente manuscrito, ao buscar entender o acesso à justiça, sob o viés da audiência de conciliação ocorrido durante o

período da pandemia do COVID-19. De antemão já se percebe que a forma pela qual vem sendo adotada essa sistemática apresenta falhas.

A despeito das falhas, será possível observar o ponto e o contraponto do tema, a ponto de se chegar a uma perspectiva mais adequada ao atual cenário e, em que medida, os jurisdicionados possam estar sendo prejudicados com as medidas que vem sendo adotadas pelo Judiciário Nacional. Para tanto, utilizar-se-á como ponto nodal o debate, no primeiro tópico, sobre o que vem a ser acesso justiça para que, na sequência, possa ser tratado da audiência de conciliação e, por fim, em que medida as ações do Judiciário tem afetado a ritualística do processo, na atualidade. Tudo isso, com a finalidade de responder ao seguinte questionamento: as audiências de conciliação realizadas por via eletrônica, sem a participação das partes, atendem aos preceitos do Acesso à Justiça efetivo ao jurisdicionado?

Para tanto, se utilizará do método dialético de discussão, a fim de estabelecer uma perspectiva contemporânea sobre o tema e analisar criticamente o fenômeno. Os grandes expoentes sobre o debate são Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que bem dispuseram sobre o acesso à justiça na Itália, na década de 1980, que até hoje são lembrados por suas investigações, pois os mesmos problemas ocorridos há mais de 30 anos no estrangeiro, ocorrem na atualidade, em território nacional.

21 A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E A (DES)NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS PARTES EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA

A discussão que permeia o acesso à justiça acaba gerando confusão por parte daqueles que não se debruçam sobre o tema. Quando no cotidiano se ouve a expressão de que não houve respeito ao acesso à justiça, no caso concreto, logo há alusão ao Acesso ao Poder Judiciário. Mas, essa é apenas uma das vertentes. Não se nega que o art. 5º, inciso XXXV, do diploma constitucional estabeleça que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, p.1), mas da mesma forma, deve ser percebido que não é apenas o Poder Judiciário aquele que tem condições de resolver todos os problemas.

Tem-se presente que a principiologia do Código de Processo Civil vigente deu um novo ar à sistemática da vida do operador do direito. O art. 1º do Código de Processo Civil já deixa bem claro a necessidade dos valores constitucionais, que inspiram toda a legislação processual. Da mesma forma, entre os arts. 1º e 12, é possível extrair numerosos artigos que influenciam todo o sistema e que estabelecem quase que uma norma de conduta adequada ao profissional que lidará com ele.

Mas, a grande inovação exsurge do art. 3º, §2º, no qual consta que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015,

p. 1). Isso quer dizer que, aqueles valores constitucionais de aplicação imediata e que influenciam todo o diploma processual, também estão atrelados aos preceitos de levar justiça ao caso concreto.

E é esse o presente foco: fazer compreender que acesso à Justiça, não necessariamente é acesso ao Poder Judiciário. Pelo contrário, ele é apenas uma das formas de justiça. A palavra justiça é absolutamente polissêmica, estando enquadrada em cada contexto, com sua respectiva percepção. Muito mais que apenas dizer que todos a possuem, o adequado é garantir a resolução do conflito que lhe é posto.

Assim, consigna-se que a justiça a qual esse manuscrito se remete, é a justiça efetiva, ou em outras palavras, aquela que além de respeitar a latência do conflito, a fim de fazê-lo cessar, ela respeita os direitos básicos e fundamentais do indivíduo. Tanto é assim, “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 todos” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12).

Diante disso, a constatação o que se evidencia é que, desde que haja um processo de garantia de direitos, por outros meios, estes devem ser utilizados, inclusive, a fim de evitar um superaquecimento da máquina estatal, ao insufla-la de tantos processos judiciais. Parte-se, então, da desjudicialização processual.

Esse movimento pela desjudicialização, portanto, parte da premissa de que é necessário dar uma solução ao problema do Judiciário em dar uma resposta, em especial, no que tange à demora e aos custos do processo, o que o torna, sobremaneira, dificultoso à coletividade (PINHO e STANCATI, 2016, p. 24). Assim, a disposição do art. 3º é de suma importância na atual sistemática do Direito Processual Civil, por se tratar de uma tentativa do legislativa de resolver o problema da morosidade processual e da credibilidade do Judiciário perante a coletividade.

Toda essa concepção é respaldada por princípios que dão sustentáculo e base à manutenção de um sistema fluido. Esse protagonismo ocorre tanto na seara judicial, como na extrajudicial. Em ambos os casos, os métodos autocompositivos acabam sendo admitidos, com o intuito de se chegar a melhor solução ao caso concreto. A imposição por um terceiro, através de uma heterocomposição, sempre resvala na ideia de ganhador e perdedor, tornando o conflito um *ringue de disputa*, onde um irá se sobrepor ao outro.

Se o processo for tratado como disputa, seu escopo de harmonia e pacificação social, jamais será atingido. Nesse sentido, “é de se afirmar que o Judiciário nem sempre corporifica, por seus atos, a Justiça tão decantada desde Aristóteles até os tempos hodiernos, pois está sujeito a ser ilaqueado e destarte incorrer em injustiças” (OLIVEIRA NETO e Viana, 2015, p. 178), motivo pelo qual a solução pode partir da chamada *justiça multiportas*, o que quer dizer, em minúcias formas alternativas ao Judiciário para a solução dos problemas (SANDER, 1976, p. 267)

Só que, essa *justiça multiportas*, mesmo tendo como escopo retirar do Poder Judiciário os casos que envolvem situações conflituosas, influenciou o próprio procedimento processual. Tanto é assim que, além do art. 3º informar a necessidade de se tentar a solução consensual dos conflitos, houve a inserção, expressa de um dispositivo no qual torna obrigatória a realização de uma audiência de conciliação, antes mesmo da apresentação de contestação pelo réu.

É dessa audiência que a discussão acaba por partir, pois diante dos fundamentos que respaldam sua utilização, resta investigar se momento atual de convivência com a pandemia do COVID-19 é possível utilizar de sistemas eletrônicos de forma a preservar a manutenção do acesso à justiça. É fato público e notório que o mundo passa por uma pandemia de números catastróficos. Diante disso, cada setor da sociedade civil tem se adequadado com o objetivo de garantir maior segurança à saúde da coletividade, permitindo que vários dos atos comuns da rotina diária sejam realizados de forma eletrônica e/ou remota.

Para se adequar a toda essa sistemática, o Poder Judiciário teve que se adequar à nova realidade. Isso porque, ante a necessidade de manutenção de distanciamento social, conjugada à prestação do serviço jurisdicional, meios alternativos de participação em atos processuais foram necessários. É nesse contexto que o Conselho Nacional de Justiça disponibilizou uma Plataforma Emergencial de Videoconferência denominada de *Cisco Webex Meet*¹, sistema que permitirá aos advogados a sustentação oral perante tribunais, bem como participação em atos processuais orais nos juízos de piso.

Ocorre que, esses sistemas podem ser observados como excelentes fontes para que seja cumprido o desígnio da continuidade do processo judicial, contudo, grave problema vem à tona, quando se está a tratar com o jurisdicionado. É sabido que o acesso à informatização pela população é extremamente deficitário. Da mesma forma, tem-se presente que as empresas concessionárias de serviço público nem sempre prestam um serviço de qualidade, a ponto de atestarmos sua confiabilidade de acesso quando e onde houver a necessidade: aqui o grande problema.

O Conselho Nacional de Justiça, ao disponibilizar a ferramenta, deixa claro que é dever dos usuários ter condições de acesso à plataforma por meio de conexão de *internet*. E então, o jurisdicionado mais uma vez acaba sendo relegado ao segundo plano. Mas, como assim chega-se a essa afirmação? Perceba-se que o art. 334, do Código de Processo Civil, estabelece que cabe ao juiz a designação de audiência de conciliação, para que as partes consigam solucionar, consensualmente, seus conflitos.

Dessa forma, pautado no referido dispositivo, às partes deve ser conferida a possibilidade de serem ouvidas e dialogarem para poderem chegar a uma solução que atenda aos seus interesses. Contudo, diante de um sistema eletrônico, no qual muitos não

¹ Para maiores informações sobre o sistema, as informações constam no sítio eletrônico: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/>

possuem acesso, difícil acaba sendo a consolidação desse preceito e, por consequência, do dever constitucional de acesso à justiça.

Isso porque, se não são conferidos meios para que as partes possam dialogar, não há como afirmar que aquela situação seja a mais adequada ao caso concreto. Muito pelo contrário, passa-se a falsa percepção de que há uma preocupação com o jurisdicionado, mas na prática, tem-se demonstrado que o sistema se preocupa, tão-somente, com o caminhar do processo e com a necessidade de não congestionar as varas por todo o Brasil, com processos represados, a ponto de prejudicarem a prestação jurisdicional.

Como solução, muitos magistrados estão adotando a postura de, ainda que não de forma regulamentada por portaria ou instrumento normativo, dar seguimento às ações judiciais, ainda que sem a participação das partes. Como o advogado em suas procurações possuem mandato no qual lhes conferem, na grande maioria das vezes, a possibilidade de *transigir*, o Judiciário, em certas Comarcas, está se utilizando dessa abertura para poder realizar as audiências de conciliação, mesmo sem a participação de autor e réu.

Daí porque, nesse ponto, é preciso observar se agir dessa forma é garantir acesso à justiça, pois ela determina “duas finalidades básicas do sistema jurídico: - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 8). Em outras palavras, não parece adequado cercear o direito da parte de participar da audiência de conciliação, simplesmente porque o Estado resolveu não lhe garantir conectividade.

Ademais, a parte sabe o que seria transigir e suas consequências? A parte quando assinou a procuração realmente foi explicitado, expressamente, cada poder que estava sendo conferido? Ou será que somente assinou? Das dúvidas anteriores, ousa-se dizer que a maior probabilidade é a última, isto é, a parte simplesmente assinou a procuração para que o advogado “entre na justiça”, sem saber o sentido da procuração.

Ao agir dessa forma, o Judiciário fere, frontalmente, o princípio do devido processo legal, além de poder gerar transtornos de ordem grave no transcorrer no processo. Faz-se essa afirmação, pois a depender da pactuação que for realizada pelo patrono da causa, sem a presença da parte, poderá vir a ser questionada sob o ponto de vista legal, por desrespeito à ausência de devido processo legal, contraditório, ampla defesa, entre outros. O Judiciário se utilizar de uma procuração com poderes para transigir sem que a parte tenha conhecimento desse poder não gera acesso à justiça, pelo contrário, só afronta mais o primado de garantia de direitos.

Não se trata apenas de um benefício que está sendo conferido à parte, pelo contrário, em muitos casos pode refletir um grave problema ao seu direito material. Em verdade, falta informação, cultura e acesso à tecnologia e isso é refletido aos advogados e, sobremaneira, às partes. Por óbvio, o processo “tem potencial para ser muito mais do que mera infraestrutura de TI para o processo tradicional. Não se reduz, tampouco a simples procedimento judiciário digital e, muito menos, concebe-se tão somente como autos de

papel digitalizados” (CHAVES JR., 2010, p. 430), mas para que atinja o escopo de garantir acesso à justiça, é necessário uma maior facilitação de acesso à população.

Mesmo em tempos de pandemia, outras estratégias são necessárias, nem que a parte seja ouvida por intermédio de uma chamada de *whatsapp* ou *Skype*, encaminhe um vídeo gravado, ou mesmo seja ouvida por uma ligação telefônica, é preciso pensar em estratégias diversas, para que possa garantir acesso à justiça pleno e justo (em tempo razoável e de maneira efetiva). Em outra oportunidade, já foi possível defender que “para que o paradigma mude, de fato, é necessário uma maior instrução da população, dos operadores do direito e dos demais profissionais” (GOMES, 2019, p. 1434), pois na atualidade, tem-se presente que o processo eletrônico, apesar de importante, ainda acaba sendo um entrave ao acesso à justiça.

3 | CONCLUSÕES

Diante de tudo acima exposto, constata-se que a expressão acesso à justiça deve ser compreendida sob um viés multiportas, englobando tanto o Poder Judiciário, como os instrumentos extrajudiciais, ou como denominados de instrumentos de desjudicialização. Ocorre que, influenciado por esse viés consensual, o Código de Processo Civil estabeleceu a necessidade da realização de audiência de conciliação, a fim de que as partes pudessem resolver suas contendas, sem que houvesse a necessidade de um provimento jurisdicional final, do ponto de vista heterocompositivo.

Essa audiência existe na legislação, mas no momento de pandemia, muitos magistrados estão deixando de realizar a oitiva das partes, ao argumento de que tendo os advogados poderes para *transigir* a participação dos envolvidos no conflito tornam-se desnecessárias. Entretanto essa percepção é equivocada. Se o processo é democrático e as partes devem ser ouvidas, para a formação do convencimento do magistrado, ou mesmo para externarem seus interesses e se conciliarem, não pode a prática se sobrepor à teoria e à Constituição, com o objetivo de dar seguimento aos processos a qualquer custo.

É preciso pensar no agravante de que boa parte da população não possui acesso à instrumentos tecnológicos para se utilizar do sistema do Conselho Nacional de Justiça. A proposta de utilizar o *Cisco Webex Meet* é super válida, mas não no formato como vem se desenvolvendo na atualidade, pois a interpretação que é conferida ao formato de utilização, em cada Comarca do Judiciário, pode torna-lo um entrave ou empecilho à solução do conflito. Cabe ao Judiciário a utilização de todas as tecnologias possíveis para oitiva da parte, não somente uma. A escolha do aplicativo deve ser pela parte e não pelo judiciário, afinal de contas, os servidores do judiciário devem servir ao público (jurisdicionados) e não ao contrário.

Assim sendo, entende-se que essa prática é absurdamente ilegal, devendo o Judiciário garantir alternativas outras para que, mesmo em meio ao distanciamento social,

as partes possam participar da audiência de conciliação. Ao assim proceder, estaremos diante de um efetivo acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20. mar. 2021.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil Brasileiro)**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20. mar. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O processo em rede. In: _____ (coord.). **Comentários à lei do processo eletrônico**. São Paulo: Ltr, 2010.

GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. O amplo acesso ao processo eletrônico: verdade ou ilusão?. Lisboa, **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 6, p. 1.419-1.436

OLIVEIRA NETO, Emérito Silva de; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Acesso à Justiça e o Novo Código de Processo Civil: um olhar crítico. In: TAVARES NETO, José Querino; ÁVILA, Flávia de; OLIVEIRA NETO; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio (coord). **Acesso à justiça**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 170-201.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de.; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º, do CPC/2015, São Paulo, **Revista de Processo**, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.

SANDER, Frank. **The Multi-Door Courthouse: Settling Disputes in the Year 2000**. HeinOnline: 3 Barrister 18, 1976.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DO DEVER DE RENEGOCIAÇÃO A FIM DE EVITAR A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Data de aceite: 02/08/2021

Data de submissão: 05/05/2021

Fernanda Moraes dos Santos

Acadêmica do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande
Rio Grande/RS
<http://lattes.cnpq.br/5433310512163193>

Larissa da Silva Maurano

Acadêmica do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande
Rio Grande/RS
<http://lattes.cnpq.br/0426645184498911>

Raphaella de Moraes Lemos

Acadêmica do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande
Rio Grande/RS
<http://lattes.cnpq.br/7331887326561349>

Francisco José Soller de Mattos

Professor orientador do curso de Direito na Universidade Federal do Rio Grande
Rio Grande/RS
<http://lattes.cnpq.br/7395173074469500>

RESUMO: Ante ao cenário pandêmico instaurado mundialmente no ano de 2020, o presente artigo aborda a influência da crise sanitária do novo Coronavírus (SARS-CoV-2) - cuja doença foi denominada de Covid-19 - nos contratos em geral, salientando a relevância do dever de renegociação contratual com o fito de evitar a revisão judicial e por conseguinte, demasiado

aumento da demanda na esfera judiciária, o que acarretar-se-ia delongas inestimáveis para ambas as partes. Sendo uma temática relativamente recente, o estudo oferece uma análise dos efeitos que cercam os contratos nesse período instável, abrangendo a atribuição da pandemia como caso fortuito ou força maior, bem como elucidando os institutos de renegociação e revisão contratual, objetivando ilustrar que o restabelecimento do equilíbrio da relação obrigacional torna-se mais simplificado quando as partes optam pela conciliação, ou seja, prevalecendo a renegociação do contrato e possibilitando que a função social seja cumprida.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos; Dever de renegociação; Revisão contratual; Pandemia; Covid-19.

THE IMPORTANCE OF THE USE OF DUTY TO RENEGOTIATE IN ORDER TO AVOID THE JUDICIAL REVIEW OF CONTRACTS IN TIMES OF PANDEMIC

ABSTRACT: In front of the pandemic scenario established worldwide in the year 2020, this article discusses the influence of the health crisis of the new Coronavirus (SARS-CoV-2) - whose disease was named Covid-19 - on contracts in general, emphasizing the relevance of the duty to renegotiate in order to avoid the judicial review and consequently, high demand in the judicial sphere, which would cause an incalculable delay for both parts. Being a relatively new topic, the study offers an analysis about the effects surrounding the contracts in this unstable period, covering the pandemic as a fortuitous case or

force majeure, and explaining the institutes of renegotiation and contractual review institutes, with the aim of illustrating that restoring the balance of bond relationship it gets easier when the parts choose to conciliate, in other words, prevailing the renegotiation and allowing the social function be fulfilled.

KEYWORDS: Contracts; Duty to renegotiate; Contractual review; Pandemic; Covid-19.

1 | INTRODUÇÃO

Os contratos são uma fonte de obrigação muito utilizada para possibilitar maior segurança jurídica aos envolvidos, onde contém, de forma detalhada e específica, as cláusulas que irão reger essa espécie de negócio jurídico acordado pelas partes. Dessa forma, a partir do momento em que o contrato se torna válido, ele cria determinadas obrigações, nas quais os sujeitos devem cumprir e respeitar, visto que devem existir cláusulas prevendo penalidades para quem não o fizer. No cenário atual em que vivemos, estamos diante de uma grande crise sanitária, na qual a Organização Mundial da Saúde (OMS), declarou no início do ano de 2020 que o surto do novo Coronavírus (SARS-CoV-2) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), interferindo em todos os níveis da vida da população.

Por consequência disso, diversos contratos estão sendo descumpridos, tornando-se os sujeitos inadimplentes. Faz-se necessário utilizar o dever de renegociação nestes casos, com o fito de que as partes interessadas possam buscar extrajudicialmente soluções mais rápidas e eficazes para este momento temporário e instável. Contratos como de locação de imóveis para fins comerciais e os contratos escolares estão sendo demasiadamente afetados pelo cenário pandêmico. Nesse sentido, em vista da alteração do quadro fático que existia na época da celebração dessas obrigações, há a possibilidade de renegociação contratual, que pela via conciliatória pode restabelecer o equilíbrio do contrato, restando dispensável a revisão contratual.

2 | OS CONTRATOS

Tem-se que os contratos desencadeiam obrigações entre seus contratantes, possibilitando maior segurança jurídica às partes envolvidas nas relações que pretendem pactuar, delimitando questões. Neles, os sujeitos expressam a sua vontade e elaboraram cláusulas detalhadas que irão reger esse vínculo jurídico, necessitando da concordância de ambas as partes. Dessa forma, a partir do momento em que o contrato se torna válido, ele cria determinadas obrigações nas quais os sujeitos devem cumprir e respeitar, visto que devem existir cláusulas prevendo penalidades para quem não o fizer. Diante disso, os contratos são regidos por diversos princípios, mas neste artigo iremos nos deter especificamente em dois deles: o princípio da função social do contrato e o princípio da revisão dos contratos.

Com a mudança do Código Civil - em 2002 -, o princípio da função social do contrato solidificou-se no ordenamento jurídico nacional, contribuindo de forma significativa para que os contratos fossem estabelecidos com uma outra visão, afastando a ideia do individualismo presente até então, para priorizar o interesse coletivo, consagrado no art. 421 do Código Civil. Assim, Carlos Roberto Gonçalves explica:

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. (GONÇALVES, 2017, p. 24)

Ainda nesse sentido, Tartuce (2017) acredita que os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes. Através desse princípio, conceitos como equidade, razoabilidade e bom senso destacam-se e fazem a diferença para firmar determinados contratos em que uma das partes poderia ser prejudicada, mostrando como esses conceitos devem ser observados e implementados nos contratos.

De outro modo, o princípio da revisão dos contratos também contribuiu de forma significativa para que estes pactos não ficassem atrelados permanentemente ao princípio da obrigatoriedade, sem possibilidade de algumas alterações em casos específicos. A revisão de determinados contratos pode ser feita judicialmente, visto que as alterações de fatos externos podem interferir de forma direta nos negócios jurídicos que foram celebrados em condições diferentes daquela vivenciada no decorrer da vigência do contrato. Assim, a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas estão assim) e a teoria da imprevisão amparam legalmente essa possibilidade, conforme elencado por Gonçalves:

A teoria recebeu o nome de *rebus sic stantibus* e consiste basicamente em presumir, nos contratos comutativos, de trato sucessivo e de execução diferida, a existência implícita (não expressa) de uma cláusula, pela qual a obrigatoriedade de seu cumprimento pressupõe a inalterabilidade da situação de fato. Se esta, no entanto, modificar-se em razão de acontecimentos extraordinários (uma guerra, p. ex.), que tornem excessivamente oneroso para o devedor o seu adimplemento, poderá este requerer ao juiz que o isente da obrigação, parcial ou totalmente.

(...)

A teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa – o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, inicialmente referida. (GONÇALVES, 2017, p. 59 e 60)

Assim, fica evidente que os contratos precisam ser vistos além do objeto que irão tratar, priorizando os sujeitos da relação para que não haja prejuízo ou onerosidade excessiva para uma das partes. Os contratos são dinâmicos e sofrem influência severa

dos acontecimentos externos, tendo que se adaptar e modificar conforme as mudanças da sociedade. É nesse sentido que os contratos serão vistos nesse artigo, como instrumento afetado pelo cenário pandêmico vivido mundialmente.

2.1 A influência da pandemia do novo coronavírus (sars-cov-2) na sociedade e os reflexos nos contratos

Frente ao cenário pandêmico supracitado, tem-se que inúmeros contratos restaram prejudicados, tendo em vista a impossibilidade do cumprimento da obrigação celebrada, como contratos de fornecimento de mercadorias, prestações de serviços, locações entre outros. Nessa toada, as partes ao assinarem tais contratos estão cientes de uma pequena parcela de risco quanto ao adimplemento, no entanto, não sendo previsível uma pandemia mundial, o que direciona as partes à renegociação do contrato, visando o ajuste da onerosidade excessiva e o menor prejuízo para ambas ou, caso a renegociação reste abalada, há a possibilidade de revisão ou resolução judicial.

Nessa seara, de acordo com a legislação civil, obrigações contratuais que estejam comprometidas em decorrência da pandemia da Covid-19, sendo tal condição comprovada, podem se enquadrar na condição de caso fortuito e/ou força maior, afastando a incidência de penalidades que se aplicariam à parte que deu causa ao inadimplemento, bem como possíveis indenizações, fulcro nos artigos 393, 394, 395, 408 e 478 do Código Civil. No que tange a caso fortuito ou força maior, o conceito representa as situações imprevisíveis ou previsíveis, desde que essa última tenha consequências incalculáveis, bem como representam eventos da natureza, ao exemplo de tempestades e furacões, conforme Silvio de Salvo Venosa (2013). Em que pese a controvérsia doutrinária quanto ao conceito de caso fortuito ou força maior, não há relevância prática na distinção e, portanto, não obstando o seu uso como sinônimos e causando um mesmo efeito nos contratos. Cabe ressaltar que a pandemia como caso fortuito e/ou força maior depende da análise cautelosa do caso concreto e objeto material, com o fito de atribuir o efeito adequado ao contrato, valendo-se do princípio *pacta sunt servanda*, o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei. Nessa senda:

Para o Código, caso fortuito e força maior são situações invencíveis, que refogem às forças humanas, ou às forças do devedor em geral, impedindo e impossibilitando o cumprimento da obrigação. É o devedor faltoso, o inadimplente que deve provar a ocorrência desses fatos. Há dois elementos a serem provados, um de índole objetiva, que é a inevitabilidade do evento, e outro de índole subjetiva, isto é, ausência de culpa. Deve o devedor provar que o evento surpreendente não poderia ter sido previsto ou evitado. Muito se discutiu em doutrina sobre a distinção entre caso fortuito e força maior. (VENOSA, 2013, pág. 342)

Assim, para Venosa (2013), a análise do objeto contratual torna-se imprescindível para verificar a configuração da inexecução involuntária do contrato, sendo a execução impossível em decorrência da pandemia e medidas tomadas para contê-la. De outra banda,

tendo em vista a expressiva mudança das condições contratuais em meio a pandemia, uma das partes ou ambas podem ser prejudicadas, em vista de ônus demasiado ao cumprimento do pacto, cabendo salientar a aplicação da Teoria da Imprevisão, que aduz a possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se exageradamente onerosa. Cabe às partes decidirem pela revisão do contrato ou sua resolução, caso a escolha remeter à alteração qualitativa ou quantitativa no contrato, com o fito de mantê-lo, a revisão tornar-se-ia o meio mais adequado e viável, caso o ônus imposto seja deveras excessivo, a resolução tornar-se-ia a solução, forte nos artigos 317 e 479 do Código Civil. Para a devida aplicação da teoria, os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, bem como a onerosidade excessiva devem estar presentes *in casu*, porquanto requisitos essenciais.

Há que se falar que a pandemia acarreta, além dos cenários supramencionados, um desequilíbrio muitas vezes drástico ao patrimônio do contratante, sem haver repercussão direta na economia interna do contrato, mas reduzindo sua capacidade de cumprimento da obrigação. Como exemplo, seria o caso de uma empresa que tem suas receitas reduzidas ou suspensas em decorrência do cenário pandêmico e, dessa forma, a pandemia atinge o sujeito da relação contratual e não a relação contratual em si. Entretanto, conforme entendimento doutrinário, para a aplicação dos artigos 317 e 478 do Código Civil não é possível que haja somente o evento superveniente que abala o equilíbrio contratual e que se manifeste no âmbito individual do contraente, deve haver generalidade, devendo a situação patrimonial se mostrar apta a incidir tal teoria.

2.2 A possibilidade de utilização do direito de renegociação extrajudicial no lugar da revisão contratual

A revisão contratual possibilita que as partes que não estão mais satisfeitas com determinadas cláusulas descritas no contrato possam revisá-las, a fim de que não haja prejuízo ou onerosidade excessiva para algum dos envolvidos. Essa revisão está prevista nos artigos 421 e 421-A do Código Civil:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;
e

Nesse jaez, para que a revisão contratual ocorra, determinados critérios dispostos no art. 478 do Código Civil precisam ser preenchidos. É necessário que se tenha a ocorrência de uma lesão objetiva demasiada em uma relação negocial de longo prazo e que a parte lesada sofra uma onerosidade excessiva, além da alteração do quadro fático ser extraordinária e imprevisível. Dessa maneira, o princípio originário do *pacta sunt servanda* pode ser estabelecido com o intuito de manter o referido contrato, pois a revisão contratual mostrou-se um instrumento ainda mais benéfico, visto que não é interesse para nenhuma das partes a extinção do contrato.

Entretanto, como a revisão contratual acontece judicialmente, e considerando o momento de pandemia que estamos vivenciando, diversas pessoas tiveram suas vidas afetadas diante das mudanças econômicas no país, algo que irá sobrecarregar ainda mais o sistema judiciário se todos os contratos forem revistos. Como a situação da pandemia é temporária, o descumprimento de algumas cláusulas acordadas nos contratos também é passageiro, evidenciando que pode haver outras formas de soluções mais condizentes com a situação do que a revisão contratual por meio judicial.

Um exemplo, para ilustrar que pode gerar mudanças no cumprimento dos contratos estabelecidos antes do contexto pandêmico, são os dos contratos de locação de imóveis para fins comerciais não essenciais. Com as determinações de redução ou fechamento de seu funcionamento, conseqüentemente, a renda mensal da pessoa que celebrou o contrato de locação será alterada drasticamente, podendo ficar impossível cumprir com o acordado inicialmente. Este não é um problema apenas jurídico, mas sim social, sendo uma questão de saúde pública e, por isso, as partes devem adotar posturas colaborativas e tentar uma prévia conciliação, priorizando a solução extrajudicial.

Além dessa questão, outros contratos que estão em discussão nesse momento são os escolares da educação básica, visto que o contrato foi estabelecido com a expectativa de fornecer aulas presenciais e não remotas, sendo esta última implementada em diversas escolas. Esse tipo de contrato é regido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo bilateral, com obrigação de dar coisa certa, como disposto no art. 233 do Código Civil e tendo uma prestação de natureza patrimonial. Assim, com essas mudanças ocasionadas devido à pandemia do novo Coronavírus, houve drástica alteração contratual, ao passo que a prestação não é mais executada da forma como estabelecida na etapa de celebração, pois o ensino passou de presencial para remoto.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 59 dispõem que é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 anos de idade, não podendo as crianças saírem das escolas durante esse período de pandemia. Em contrapartida, o Código Civil em seu artigo 313 afirma que o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa, tornando-se

fundamento base para muitos pais que desejam rever os contratos escolares em função da alteração sofrida.

Cabe mencionar, ainda, o impacto significativo no setor do agronegócio, com o fechamento de inúmeras plantas industriais devido à contaminação de funcionários, e à interdição do funcionamento de bares, lancherias e restaurantes, o que influenciou na perda de estoque de alimentos diversos, entre eles café, banana, mandioca e hortaliças. Nessa toada, o produtor rural busca o auxílio jurídico na tentativa de amenizar o prejuízo causado nos contratos firmados anteriormente à pandemia, sendo a renegociação, mais uma vez, o meio plausível e simplificado para alcançar o equilíbrio que fora perdido, bem como o interesse de ambas as partes. O Estatuto da Terra, por exemplo, disciplina a possibilidade de renegociação dos contratos de arrendamento rural, no qual o arrendatário busca a prorrogação do prazo estipulado inicialmente, caso tenha havido atraso da colheita por motivo de força maior – sendo a pandemia caracterizada como tal - ou, ainda, a extinção do arrendamento em caso de perda total do objeto do contrato sem a necessidade do pagamento de perdas e danos, consoante os artigos 21 e 29 do referido Estatuto.

Neste momento, o dever de renegociação pode contribuir para que não seja preciso discutir a revisão do contrato judicialmente, com o intuito de evitar esse procedimento que gera delongas em condições típicas e, ainda mais, em condições atípicas. O objetivo principal é evitar o litígio, manter uma boa relação contratual e buscar o equilíbrio financeiro até que o cenário econômico possa se reestabelecer, proporcionado às partes as condições para prosseguir com o contrato. Logo, a partir dessas tentativas de renegociações, destacam-se a utilização do princípio da função social do contrato e da boa-fé, institutos estes que servem para atenuar a austeridade do *pacta sunt servanda*.

Em toda relação contratual é possível observarmos três categorias de deveres, tais como: os deveres (obrigações) principais, isto é, dever de prestação e de contraprestação; os deveres (obrigações) acessórios - nota-se que se faz necessária a existência da obrigação principal para havê-la, pois não subsistem por si só, são ditas como deveres complementares do tipo garantias, sanções, reforços, entre outros e dependem de previsão legal ou cláusula contratual para sua existência -; por fim, os chamados deveres anexos ou laterais, que decorrem da Cláusula Geral de boa-fé, que está prevista no artigo 422 do Código Civil, e que são considerados como deveres implícitos aos contratos em geral. O dever de renegociação, na maioria das vezes, está contido nos deveres anexos, o qual consiste em buscar conservação do negócio jurídico diante de fatos supervenientes que tenham alterado as circunstâncias, objetivas ou subjetivas da contratação. Em resumo, o dever de renegociar, impõe aos contratantes uma obrigação de meio, ou seja, deve-se efetivamente renegociar o contrato com probidade, entretanto, não existe a obrigação de alcançar o resultado, que seria um novo consenso. Há exceções em que o dever de renegociar aparece como obrigação expressa no contrato, isto ocorre quando adotam a Teoria do Contrato Incompleto, que geralmente é utilizada para contratos empresariais

que possuem longa duração, pois não há como se prever todas as mudanças que podem ocasionalmente acontecer enquanto durar o contrato, para ambas as partes.

3 I CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, tem-se que a renegociação contratual deve ser priorizada para reestabelecer o equilíbrio das obrigações, objetivando a via conciliatória e o menor prejuízo para ambas as partes, bem como evitando uma futura sobrecarga do judiciário em casos de revisão, porquanto a opção pela via judicial, neste momento instável de crise sanitária, acarretar-se-ia delongas inestimáveis aos sujeitos da obrigação celebrada. Nesse sentido, a relevância do estudo deste tema contribui de forma significativa para a compreensão da influência da pandemia nos contratos e, ainda, os possíveis efeitos que o cercam perante distintas situações, tais quais no caso da atribuição de caso fortuito ou força maior à pandemia e também na aplicabilidade da Teoria da Imprevisão, sendo de extrema valia a análise minuciosa da obrigação contratual, para fins de correta aplicação dos casos supramencionados. Embora a inadimplência de diversos contratos perante o cenário atual, resta evidente que de maneira plausível e simplificada, as renegociações mantêm o cumprimento das obrigações, evitando a demora excessiva perante a revisão judicial e possibilitando o reequilíbrio do contrato de forma satisfatória para credor e devedor, bem como permitindo que os contratos cumpram sua função social, guiados pela boa-fé.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Decreto no 59.566, de 14 de nov. de 1966. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências., Brasília,DF, nov. 1966.

CASTILHO, Viviane. Renegociação de contratos em tempos de pandemia. **Globo Rural**, São Paulo, 05 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Opinioao/noticia/2020/06/renegociacao-de-contratos-em-tempos-de-pandemia.html>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

DINIZ, Felipe Figueiredo. O impacto da pandemia de covid-19 nos contratos empresariais. **Migalhas**, Belo Horizonte, 14 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324498/o-impacto-da-pandemia-de-covid-19-nos-contratos-empresariais>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

Entenda como renegociar contratos em função da pandemia de coronavírus. **FecomercioSP**, São Paulo, 27 de mar. de 2020. <<https://www.fecomercio.com.br/noticia/entenda-como-renegociar-contratos-em-funcao-da-pandemia-de-coronavirus>>. Acesso em: 21 de ago. de 2020.

FOGAÇA, Cristiano Padial. A possibilidade de revisão de contratos e a covid-19. **Migalhas**, São Paulo, 15 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324619/a-possibilidade-de-revisao-de-contratos-e-a-covid-19>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

FRAZÃO, Ana. Contratos. Existe um dever de renegociar?. **JOTA**, Brasília, 17 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/constituicao-empresa-e-mercado/existe-um-dever-de-renegociar-17062020>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A aplicação do dever de renegociar. **Migalhas**, São Paulo, 08 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/323961/a-aplicacao-do-dever-de-renegociar>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1025 pág.

NAZAR, Daniel. Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva. **Mariana Gonçalves Direito Imobiliário**, 8 de set. de 2019. Disponível em: <<https://www.marianagoncalves.com.br/post/principio-da-revisao-dos-contratos-ou-da-onerosidade-excessiva>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

NITÃO, Francisco Edgar. Contratos – Em que possibilidade posso pedir a revisão do meu contrato?. **Jusbrasil**, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://edgarlnitao.jusbrasil.com.br/artigos/477453716/contratos-em-que-possibilidade-posso-pedir-a-revisao-do-meu-contrato>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

OLIVEIRA, João Marcos Rodrigues de. Pandemia de coronavírus e os impactos nos contratos civis: breves reflexões. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 08 de mai. de 2020. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54500/pandemia-de-coronavrus-e-os-impactos-nos-contratos-civis-breves-reflexes>>. Acesso em: 21 de ago. de 2020

SANTOS, Welder Queiroz dos. O novo coronavírus (Covid-19) e os Contratos: Renegociação, revisão e resolução contratual em tempos de pandemia. **Genjurídico**, Cuiabá, 27 de mar. de 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/03/27/resolucao-contratual-pandemia/>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

SILVA, Luiz Augusto da. O dever de renegociar contratos: O que é e modo de usar. **Migalhas**, Curitiba, 08 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328581/o-dever-de-renegociar-contratos-o-que-e-e-modo-de-usar>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 934 pág.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. 637 pág.

SILVA, Luiz Augusto da. O dever de renegociar contratos: O que é e modo de usar. **Migalhas**, Curitiba, 08 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328581/o-dever-de-renegociar-contratos-o-que-e-e-modo-de-usar>> Acesso em: 21, ago. de 2020.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Acesso à justiça 55, 58, 209, 216, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254

Amazônia 233, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247

Amicus Curiae 18, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59

Ativismo judicial 1, 2, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19

B

Bafômetro 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 133, 134, 135, 136

C

Concessão de medicamentos 14, 217, 219, 225, 226, 227

Constitucional 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 48, 49, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 64, 66, 70, 83, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 96, 99, 104, 113, 115, 117, 122, 123, 125, 127, 129, 134, 135, 136, 137, 151, 152, 154, 182, 183, 185, 188, 194, 195, 196, 198, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 213, 216, 219, 220, 221, 222, 223, 230, 233, 234, 235, 249, 252, 260, 264

Contratos 32, 41, 42, 139, 142, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263

Controle de constitucionalidade 6, 9, 14, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 45, 58

Cotas 82, 94, 198, 204

Criminalização da homossexualidade 155, 156, 163

D

Defensoria pública 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216

Desporto 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 192, 193, 195, 196

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 63, 66, 69, 70, 71, 75, 76, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 109, 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 142, 143, 144, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 165, 166, 168, 171, 172, 175, 176, 177, 179, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 230, 231, 232, 233, 235, 237, 241, 243, 244, 245, 248, 249, 250, 252, 253, 255, 259, 263, 264

Direito cultural 88, 89, 90, 91, 107, 110

Direitos humanos 17, 88, 89, 91, 95, 96, 97, 98, 99, 104, 113, 136, 151, 156, 161, 167, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177, 179, 180, 186, 187, 188, 195, 198, 202, 204, 208, 209, 214, 250, 264

E

Elegibilidade 60, 61, 62, 63, 64, 65, 69, 70, 71, 160

F

Fenômeno 1, 3, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 102, 147, 192, 193, 205, 206, 208, 233, 249

I

Inconstitucionalidade 6, 12, 13, 14, 23, 30, 31, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 47, 69, 118, 124, 129, 133, 134, 136, 238

Inelegibilidade 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71

J

Judicialização 1, 6, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 18, 19, 31, 60, 69, 70, 71, 205, 206, 208, 212, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 225, 229, 230, 231, 232

M

Multiculturalismo 100

N

Negros 23, 166, 167, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204

Neoconstitucionalismo 1, 2, 4, 5, 6, 7, 10, 12, 15, 18, 19, 118, 136

P

Pandemia 214, 233, 234, 236, 237, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 248, 249, 251, 253, 255, 258, 259, 260, 261, 262, 263

Poder constituinte 15, 26, 27, 28, 29

Políticas públicas 9, 10, 12, 13, 14, 17, 88, 92, 93, 120, 121, 135, 136, 166, 214, 215, 217, 219, 220, 222, 224, 225, 229, 230, 235, 237, 243, 264

Prostituição 170, 171, 172, 173, 175, 176, 177

Proteção de dados 138, 139, 142, 147, 149, 150, 151, 152, 153, 154

Q

Queimadas 233, 234, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 245, 246, 247

R

Refúgio 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 178, 187

Renegociação 255, 256, 258, 259, 261, 262, 263

Revisão 1, 2, 60, 61, 100, 241, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263

S

Saúde 11, 14, 67, 96, 134, 161, 162, 172, 179, 180, 185, 194, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 251, 256, 260

Sistema de suplência 73

STF 6, 9, 10, 13, 18, 19, 20, 21, 25, 30, 31, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 55, 57, 64, 66, 111, 115, 200, 204, 211, 213, 216, 231, 237, 238, 244, 245


V

Venezuela 161, 171, 172, 173, 175, 177, 241







O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br



O DIREITO ENQUANTO FENÔMENO MULTIDIMENSIONAL

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br